

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

Bestellnummer: 725.964

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

10.16 500 860388750

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 (mésures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (Canton de Genève)
LEF	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1)
LOG	Loi sur le logement du 21 mars 2003 (RS 842)
LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (Canton de Genève)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPrA	Legge sulla promozione dell'alloggio del 21 marzo 2003 (RS 842)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.10)
mp	Mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MRA	MietRecht Aktuell
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (RS 221.213.11)
OLAL	Ordinanza concernente la locazione e l'affitto di locali d'abitazione o commerciali del 9 maggio 1990 (RS 221.213.11)
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
Plädoyer	Plädoyer: Magazin für Recht und Politik
Plaidoyer	Plaidoyer: Revue juridique et politique
Pra	Die Praxis
RDS	Revue de droit suisse
recht	Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SVIT–K	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft – Kommentar zum schweizerischen Mietrecht

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

Inhaltsverzeichnis

Table des matières

Indice

1 **Mise en demeure de loyer**

Les dispositions du Contrat-cadre romand (CCR), déclarées de force obligatoire dans le canton de Genève par arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 2008, prévalent sur les dispositions contractuelles éventuellement contraires. Le délai de la mise en demeure pour exiger un paiement par trimestre peut être plus court que le délai comminatoire de 30 jours de l'article 257d CO. Toutefois, il devrait être d'au moins dix jours.

Art. 257d OR / Art. 1 CCR

page 1

2 **Résiliation pour non-paiement de loyer**

L'on ne saurait considérer sans autre que les avis comminatoires sont automatiquement reçus sept jours après leur envoi par pli recommandé. En effet, le délai de garde ne commence à courir qu'à partir du moment où le destinataire a été avisé de l'arrivée de l'envoi à l'office de retrait ou de distribution.

Art. 257d CO

page 5

3 **Restituzione anticipata della cosa senza proposta di un nuovo conduttore**

In questo caso si chiarisce il da farsi, nei casi in cui i conduttori restituiscono l'ente locato senza aver cercato un subentrante e l'obbligo del locatore di non fidarsi solo della ricerca dei locatari, bensì di reperire anche lui un subentrante.

Art. 257e, 264 CO

pagina 8

4 Mietzinsherabsetzung wegen Wassereintritts in Keller und Schimmelbildung

Im vorliegenden Entscheid werden Ausführungen zur Berechnung des Streitwerts bei einer Klage auf Mängelbeseitigung gemacht. Es ist auf die wahrscheinliche Dauer des Gerichtsverfahrens und der anschliessenden Mängelbeseitigung abzustellen. Weiter wurden die Voraussetzungen zur Mietzinshinterlegung geprüft und hier bejaht. Die Wassereintritte in zwei Kellerräumen und die Schimmelbildung an den Wänden und Decken dieser Räume wurden vom Gutachter als Baufehler qualifiziert und stellen daher einen Mangel am Mietobjekt dar, welcher zu einer Mietzinsherabsetzung berechtigt. Der Entscheid enthält Ausführungen über die Höhe und den Zeitraum der Herabsetzung.

Art. 259a, 259d OR / Art. 92 Abs. 2 ZPO

Seite 13

5 Mietzinserhöhung nach umfassender Überholung

Mietzinserhöhungen nach umfassenden Überholungen sind häufig Gegenstand aufwendiger gerichtlicher Streitigkeiten. Das nachfolgend zitierte Urteil legt diesbezüglich und auf Mieterseite dar, welche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einrede des übersetzten Ertrags bestehen, als auch welche Anforderungen an die Widerlegung der in Artikel 14 Absatz 1 VMWG aufgestellten Wertvermehrungsvermutung – 50 bis 70 %-Regel – zu setzen sind. Auf Seiten des Vermieters wird aufgezeigt, ob Mieterentschädigungen und Verzinsungskosten den Baukosten hinzuzurechnen sind, welche Anforderungen an die Substantiierung geltend gemachter Baukosten zu stellen sind und welcher Verteilschlüssel auf die Kosten für allgemeine Gebäudeteile anzuwenden ist.

Art. 269d, 270b OR / Art. 14 VMWG

Seite 20

6 Congé annulable – sous-location

Lorsque la bailleuse motive le congé par son souhait de recouvrer la libre disposition de l'appartement litigieux afin de le louer à un locataire de son choix, le locataire ne peut se prévaloir du droit à sous-louer l'appartement pour fonder un intérêt prépondérant à celui du bailleur, alors qu'il est établi qu'il n'occupe plus l'appartement depuis des années et qu'il n'est pas démontré qu'il compte le réintégrer.

Art. 262, 270 al. 1 CO

page 33

7 Kündigung durch einen gewillkürten Stellvertreter

Das nachfolgend zitierte Urteil setzt sich mit der Frage auseinander, ob eine durch eine gewillkürte Stellvertretung unterzeichnete Kündigung rechtliche Wirkungen entfaltet. Zudem werden die Anfechtbarkeit einer Kündigung im Falle eines allfälligen Verstosses gegen Treu und Glauben im Sinne der Artikel 271 und 271a OR thematisiert und die Voraussetzungen, die zu einer Erstreckung eines geschäftlichen Mietverhältnisses führen können, aufgeführt.

Art. 271, 271a OR

Seite 37

8 Adaptation partielle du loyer – réserve de hausse

En se prévalant du maintien de la situation antérieure des charges, le bailleur renonce provisoirement à appliquer un critère pour pouvoir s'en prévaloir ultérieurement, lorsque l'évolution des charges lui sera plus favorable. Cette méthode équivaut donc à une adaptation partielle du loyer au sens de l'article 18 OBLF, qui n'est possible qu'à la condition d'être chiffrée.

Art. 18 OBLF

page 45

9 Rechtsnatur und Folgen eines Vertragsverhältnisses über ein Café/Dancing

In dieser Entscheidung werden die Kriterien für das Vorliegen eines Mietverhältnisses und diejenigen für die Pacht erörtert. Der konkrete Vertrag betreffend ein Café/Dancing wird als Pachtverhältnis qualifiziert. Weitere Erwägungen beziehen sich auf die Unterhaltspflichten der beteiligten Parteien.

Art. 253, 275, 279, 284 OR

Seite 49

10 Amende disciplinaire - Annulation de jugement

La décision visant à fixer une amende disciplinaire est une décision finale qui doit être prise par le Tribunal des baux et loyers dans sa composition régulière, cette autorité devant siéger avec assesseurs paritaires sous la présidence d'un juge de carrière. Lorsque le Tribunal statue dans une composition irrégulière pour prononcer une amende disciplinaire, la décision doit être annulée ; en effet, elle viole la garantie constitutionnelle de l'article 30 alinéa 1 Cst.

Art. 128 al. 1 CPC / Art. 30 al. 1 Cst.

page 62

Art. 257d OR, Art. 1 CCR

1. Mise en demeure de loyer

Les dispositions du Contrat-cadre romand (CCR), déclarées de force obligatoire dans le canton de Genève par arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 2008, prévalent sur les dispositions contractuelles éventuellement contraires. Le délai de la mise en demeure pour exiger un paiement par trimestre peut être plus court que le délai comminatoire de 30 jours de l'article 257 d CO. Toutefois, il devrait être d'au moins dix jours.

Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 4,5 pièces au 6ème étage d'un immeuble sis à G.

Par plis recommandés séparés, la bailleresse a imparti aux locataires un délai au 28 juin 2013 pour verser la somme de fr. 1'590.-, représentant le solde du loyer de mai 2013, le loyer de juin 2013 et des frais de rappel. Faute de versement de l'intégralité de cette somme dans le délai imparti, elle exigerait le paiement du loyer par trimestre d'avance.

Par plis recommandés du 4 juillet 2013, la bailleresse a informé les locataires du fait que les loyers étaient désormais exigibles par trimestre d'avance.

Par avis comminatoires du 19 septembre 2013, la bailleresse a mis les locataires en demeure de lui régler, dans les trente jours, la somme de fr. 4'620.- à titre de loyers de septembre à novembre 2013. A défaut de

paiement intégral dans le délai fixé, le bail serait résilié de manière anticipée.

Par avis officiels séparés du 31 octobre 2013, la bailleresse a résilié le bail avec effet au 31 décembre 2013.

Par pli recommandé du 29 novembre 2013, les locataires ont contesté le congé devant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Non conciliée, la cause a été portée devant le Tribunal des baux et loyers le 26 mars 2014.

Par requête en protection du cas clair déposée du 9 janvier 2014, la bailleresse a sollicité l'évacuation des locataires.

Par jugement du 2 juin 2014, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête de la bailleresse, qui a interjeté appel contre cette décision en temps utile.

Extrait des considérants

3.3 Selon l'art. 257c CO, le loyer est payable à la fin de chaque mois, mais au plus tard à l'expiration du bail.

L'art. 1 du Contrat-cadre romand (ci-après : CCR) prévoit que le loyer, les acomptes de chauffage et de frais accessoires sont payables par mois d'avance au domicile du bailleur ou à son compte postal ou bancaire. Lorsque le locataire est en retard de plus de dix jours dans le paiement d'une mensualité et qu'il a fait l'objet d'une vaine mise en demeure écrite, le bailleur peut exiger que le loyer, acomptes de chauffage et de frais accessoires soient acquittés trimestriellement à l'avance, dès le mois suivant l'échéance du délai fixé dans la mise en demeure.

Les dispositions du CCR, déclarées de force obligatoire générale dans le canton de Genève par arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 2008, prévalent sur les dispositions contractuelles éventuellement contraires. Pour qu'un paiement par trimestre puisse être exigé, le locataire doit être en retard de plus de dix jours dans le paiement d'une mensualité et avoir été vainement mis en demeure par écrit. Pour être valable, la mise en demeure doit mentionner expressément la sanction du paiement trimestriel. Celui-ci est alors dû dès le mois suivant l'échéance du délai fixé dans la mise en demeure (ACJC/597/2011 du 16 mai 2011).

Le délai de la mise en demeure, qui n'est pas précisé à l'art. 1 al. 2 CCR, peut être plus court que le délai comminatoire de 30 jours de l'art. 257d

CO. Toutefois, il devrait être d'au moins dix jours (LACHAT, op. cit., p. 311 note 47).

3.4 Selon la théorie de la réception, une manifestation de volonté est considérée comme parvenue au destinataire, dès le moment où elle entre dans sa sphère de puissance, par exemple dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale; il est sans importance que le destinataire n'en ait pas connaissance effective (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 1997, p. 132 et 133 et réf. citées ad. c., p. 133).

En matière d'avis comminatoire, le délai commence à courir le lendemain du jour où le locataire a reçu l'avis du bailleur ou, s'il ne retire pas l'envoi recommandé que celui-ci lui a expédié, le lendemain du 7^{ème} jour de garde de cet envoi. Le premier jour du délai de garde est celui qui suit la présentation infructueuse du pli par le facteur (LACHAT, op. cit., p. 667 et réf. citées, notes 38 et 39).

3.5 En l'espèce, la bailleuse a mis en œuvre l'art. 1 CCR. Tenus de payer leur loyer par mois d'avance, les intimées se trouvaient, le 13 juin 2013, en retard de plus de dix jours dans le règlement du solde du loyer de mai 2013 et de celui de juin 2013. L'appelante les a mis en demeure de payer ce loyer dans un délai qu'elle a fixé au 28 juin 2013.

Toutefois, les plis recommandés du 13 juin 2013 n'ont pas été retirés, sans que l'on puisse déterminer avec certitude à quelle date a commencé à courir le délai de garde. En effet, les pièces produites par la bailleuse (pièce 19) ne correspondent pas au suivi des envois du 13 juin 2013. Par conséquent, il n'est pas possible d'examiner si les conditions permettant d'exiger le paiement par trimestre d'avance des loyers (en particulier le respect du délai de la mise en demeure) étaient réalisées. Si l'on admet que les locataires ont été avisés par la poste le 14 juin 2013, comme l'a fait le Tribunal, le délai de garde a commencé à courir le 15 juin 2013 et le délai de la mise en demeure de l'art. 1 CCR le 22 juin 2013, de sorte qu'il n'était que de six jours, soit inférieur au minimum admissible. Au vu de ce qui précède, il n'est pas possible de déterminer avec certitude si la créance invoquée par le bailleur, à savoir les loyers de septembre à novembre 2013, était exigible. Il est rappelé à cet égard que les créances qui ne permettent pas l'application de l'art. 257d CO et celles qui la permettent doivent être distinguées de manière précise dans la sommation de payer du bailleur.

Dans le cadre de l'examen des conditions de l'art. 257d al. 1 CO (...) à la lumière des principes rappelés (ch. 3.3 et 3.4 ci-dessus), l'attitude des locataires entre le 14 juin et le 26 septembre 2013, dont fait état la bailleresse dans son appel, n'est pas pertinente.

En définitive, l'état de fait n'est pas suffisamment établi et la situation juridique est incertaine, de sorte que le cas clair ne peut être admis. Il n'est donc pas possible de retenir que la procédure en contestation du congé du 31 octobre 2013, pendante devant le Tribunal des baux et loyers est manifestement dénuée de toute chance de succès. Il faut laisser aux juges de la contestation du congé, qui statueront par voie de procédure simplifiée régie par la maxime inquisitoriale sociale, le soin de déterminer si les conditions de l'art. 257d al. 1 CO sont réunies ou non.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 8 septembre 2014)

Art. 257d CO

2. Résiliation pour non-paiement de loyer

L'on ne saurait considérer sans autre que les avis comminatoires sont automatiquement reçus sept jours après leur envoi par pli recommandé. En effet, le délai de garde ne commence à courir qu'à partir du moment où le destinataire a été avisé de l'arrivée de l'envoi à l'office de retrait ou de distribution.

Exposé des faits

Les parties sont liées depuis le 1^{er} juin 2008 par quatre contrats de bail à loyer portant sur la location de quatre appartements de 2,5 pièces d'un immeuble sis à G.

Par plis du 23 septembre 2014, expédiés par courriers recommandés, la bailleuse a mis en demeure le locataire de lui régler au 30 octobre 2014 le montant de fr. 1'700.- par appartement, à titre d'arriéré de loyer et de charges pour la période du 1^{er} au 30 septembre 2014 et l'a informé de son intention, à défaut de paiement intégral de la somme réclamée dans le délai imparti, de résilier le bail conformément à l'art. 257 d CO. Elle produit une copie d'un carnet de récépissés postaux indiquant que quatre envois recommandés avaient été expédiés au locataire ce jour-là. Le locataire conteste avoir reçu ces avis.

La bailleuse a, par avis officiels du 1^{er} novembre 2014, résilié les baux pour le 31 décembre suivant. Le 7 novembre 2014, la bailleuse a reçu un

paiement de fr. 9'967.– de la société animée par le locataire et un paiement de fr. 17'000.– de la part de la fille du locataire. Par courrier du 10 novembre, la bailleuse a fait savoir au locataire qu'elle maintenait la résiliation des baux, les paiements susmentionnés étant tardifs.

Par quatre requêtes déposées au Tribunal le 7 janvier 2015, la bailleuse a conclu à l'évacuation du locataire des quatre appartements susmentionnés. Lors de l'audience du 15 février devant le Tribunal, le locataire a conclu à l'irrecevabilité de la requête au motif que le cas n'était pas clair ; il n'avait pas reçu les avis comminatoires, de sorte que les congés étaient nuls.

Par jugement du 25 février 2015, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête en évacuation à l'encontre du locataire ; la bailleuse a formé appel de cette décision en temps utile.

Extrait des considérants

5.2 L'admission d'une action en évacuation, quelle que soit la procédure choisie, présuppose que le congé ait été valablement signifié au locataire.

A teneur de l'art. 257d al. 1 CO, lorsqu'après réception de l'objet loué, le locataire a du retard pour s'acquitter d'un terme ou de frais accessoires échus, le bailleur peut lui fixer par écrit un délai de paiement et lui signifier qu'à défaut de règlement dans ce délai, il résiliera le bail. Ce délai doit être de dix jours au moins et, pour les baux d'habitations ou de locaux commerciaux, de trente jours au moins.

L'art. 257d al. 2 CO spécifie que, faute de paiement dans le délai fixé, les baux d'habitation et de locaux commerciaux peuvent être résiliés moyennant un délai de congé minimum de trente jours pour la fin d'un mois.

La mise en demeure doit expressément indiquer les loyers impayés et préciser qu'à défaut de paiement dans le délai imparti, le bail sera résilié. Le locataire doit pouvoir clairement comprendre que le bailleur se réserve la faculté de mettre un terme au bail si le montant réclamé n'est pas payé dans le délai imparti (LCHAT, *Le bail à loyer*, 2008, p. 667; cf. également arrêt du Tribunal fédéral 4A_585/2010 du 2 février 2011 consid. 2.4).

L'avis comminatoire représente une manifestation de volonté soumise à réception. Le délai commence à courir dès la réception dudit avis par le locataire. C'est la réception effective qui fait foi; il ne suffit pas que l'avis soit entré dans sa sphère d'influence. Lorsque la lettre recommandée ne peut pas être remise directement à son destinataire, elle est réputée reçue le jour

où ce dernier va la chercher à la poste. Si le locataire ne retire pas le pli dans le délai de garde de sept jours, l'avis comminatoire est réputé reçu le septième jour de garde. Le délai comminatoire commence à courir le premier jour qui suit la réception du pli recommandé ou le lendemain de l'expiration du délai de garde auprès de la poste. Comme il appartient au bailleur de prouver la date de réception de l'avis comminatoire, il a intérêt à l'adresser au locataire sous pli recommandé avec accusé de réception (BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE, *Le droit suisse du bail à loyer*, 2011, n. 28 ad art. 257d CO et références citées).

Le délai de sept jours commence à courir le lendemain de la tentative avortée de remise de l'envoi par la poste, dont la date figure sur l'avis de retrait (arrêt du Tribunal fédéral 5A_677/2013 consid. 2.1).

5.3 En l'espèce, les pièces produites par la bailleuse établissent que quatre envois recommandés ont été adressés au locataire le 23 septembre 2014, mais aucune pièce ne démontre la réception de ces envois par le locataire. Or cette dernière date est déterminante pour vérifier si les conditions posées par l'art. 257d CO pour la résiliation du bail sont bien réalisées.

Contrairement à ce que soutient la bailleuse, l'on ne saurait considérer sans autre que les avis ont été reçus sept jours après leur envoi par pli recommandé. En effet, le délai de garde postal ne commence à courir qu'à partir du moment où le destinataire a été avisé de l'arrivée de l'envoi à l'office de retrait ou de distribution. Or, en l'espèce, l'on ignore si et quand l'envoi est bien arrivé à l'office de retrait et, cas échéant, si le locataire a été informé de cette arrivée.

C'est par conséquent à juste titre que le Tribunal a retenu que la requête devait être déclarée irrecevable, dans la mesure où, sur la base de l'état de fait qui lui était soumis par la bailleuse, lequel était contesté par le locataire, il ne lui était pas possible de vérifier si les règles formelles de résiliation du bail avaient été respectées.

Le jugement entrepris sera par conséquent confirmé.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 22 juin 2015)

Art. 257e, 264 CO

3. Restituzione anticipata della cosa senza proposta di un nuovo conduttore

In questo caso si chiarisce il da farsi, nei casi in cui i conduttori restituiscono l'ente locato senza aver cercato un subentrante e l'obbligo del locatore di non fidarsi solo della ricerca dei locatari, bensì di reperire anche lui un subentrante.

Ritenuto in fatto

In data 14 giugno 2008 le parti stipulavano un contratto di locazione a tempo indeterminato, con decorrenza dal 1° luglio 2008.

Secondo le affermazioni del locatore, il 22 giugno 2012 i locatari avrebbero “semplicemente abbandonato l'appartamento”; gli stessi convenuti confermano di aver riconsegnato le chiavi dell'immobile alla portinaia e sostengono che il 13 luglio 2012 il locatore le avrebbe prese in consegna impedendo, in tal modo, l'accesso all'appartamento ai convenuti stessi, i quali erano intenzionati a farlo visitare da possibili subentranti.

Con lettera raccomandata 25 luglio 2012, il locatore si rivolgeva ai conduttori lamentandosi fra l'altro del fatto che essi avessero di loro iniziativa deciso di non pagare la pigione e di, arbitrariamente, restituire le chiavi tramite una incorretta consegna alla famiglia della portinaia. Nel contempo, il locatore (attore) formulava all'attenzione dei conduttori (convenuti) una

proposta di transazione extragiudiziale. La raccomandata, non veniva ritirata dai locatari. Stessa sorte subiva lo scritto raccomandato del 12 novembre 2012, redatto dall'avvocato del locatore.

Il 24 gennaio 2013, il locatore inoltrava un'istanza all'Ufficio di conciliazione in materia di locazione chiedendo la condanna dei locatari al pagamento di fr. 12 000.– a titolo di pigioni e spese accessorie non solute, nonché la liberazione a proprio favore del saldo del deposito di garanzia esistente. L'11 febbraio 2013, i conduttori prendevano posizione in merito all'istanza di conciliazione. Essi, per contro, non comparivano all'udienza fissata per il 26 marzo 2013, al termine della quale l'Ufficio di conciliazione formulava una proposta di giudizio; proposta che non veniva accettata dai convenuti, per cui il 30 aprile 2013 l'Ufficio di conciliazione rilasciava l'autorizzazione ad agire ai sensi dell'art. 211 cpv. 2 lett. b CPC.

Entro il termine di 30 giorni di cui all'art. 209 cpv. 4 CPC, il locatore dava avvio alla presente azione giudiziaria in procedura semplificata. All'udienza, fissata per il 25 novembre 2013, i convenuti non comparivano.

Considerato, in dritto

3. Nella fattispecie, la volontà dei locatari era quella di restituire anticipatamente l'appartamento, cercando un subentrante. Essi affermano di aver consegnato le chiavi dell'ente locato alla portinaia dello stabile, signora X; e ciò, apparentemente, affinché le custodisse per loro conto e affinché fossero a disposizione per eventuali visite di persone interessate al subingresso. Sennonché, come concordemente ammesso dalle parti in causa (anche se vi è divergenza sulla data), il 13 luglio 2012 – secondo la versione dei convenuti – rispettivamente il 19 luglio 2012, in base a quanto sostenuto dall'attore (lettera 8 maggio 2013 ...), ha preso in consegna dalla portinaia le chiavi dell'appartamento.

Malgrado, di regola, la riconsegna delle chiavi corrisponda simbolicamente, alla restituzione dei locali al locatore (v. LACHAT, op. cit., pag. 815, n. 7.1; ma, è bene rilevarlo, riconsegna delle chiavi non significa ancora disdetta del contratto), nel caso che ci occupa, da subito, con lettera 25 luglio 2012, l'attore aveva segnalato ai convenuti di non voler considerare tale presa in consegna da parte sua delle citate chiavi, quale accettazione per atti concludenti di una "proposta" di rescissione contrattuale. Alla luce di tale esternazione, i conduttori – in chiaro sul fatto che il contratto conti-

nuava nella sua validità e che, se avessero voluto liberarsi, avrebbero dovuto proporre un subentrante ai sensi dell'art. 264 CO (essi, ancora nella presente causa, con l'allegato di risposta, hanno confermato di essere coscienti di dover proporre un subentrante), avrebbero semmai dovuto e potuto fissare un termine a X affinché restituisse loro le chiavi e avrebbero comunque potuto e dovuto continuare nella ricerca di un inquilino subentrante.

Dopo la lettera del 25 luglio 2012 dell'attore ai convenuti, non vi è traccia di reazione alcuna da parte di questi ultimi; reazione non avutasi neppure dopo lo scritto 12 novembre 2012 del patrocinatore dell'attore. Unicamente in sede di procedura di conciliazione, la prima volta con lettera dell'11 febbraio 2013, i coniugi Y hanno sostenuto, sostanzialmente, la tesi della rescissione contrattuale che sarebbe intervenuta il 13 luglio 2012. Ma solo se il locatore, messo formalmente in mora dai conduttori, non avesse riconsegnato loro le chiavi dell'appartamento o non avesse consentito l'accesso allo stesso da parte di potenziali interessati alla ripresa del contratto, essi avrebbero potuto considerarsi liberati dal vincolo contrattuale e dall'obbligo di proporre un subentrante.

D'altronde, la riconsegna al locatore di tutte le chiavi è, da un lato, necessaria nell'ottica dell'applicazione dell'art. 264 CO (v. BISE/PIANAS, Commentaire Droit du bail a loyer, ad art. 264 CO, n. 19, con riferimento a TF 7 agosto 2008, inc. 4A_220/2008) e, dall'altro, influente per la fattispecie in narrativa. Infatti, anche se il locatore è in possesso, lui solo, di tutte le chiavi, egli ha l'obbligo di consentire eventuali visite di persone interessate (subentranti) e di aprire egli stesso i locali a tal fine. Semplicemente, i conduttori avrebbero quindi potuto pretendere – ma non risulta che lo abbiano mai fatto – che X garantisse l'accesso all'appartamento per effettuare le visite (v. TF 26 marzo 2007, inc. 4C.446/2006; BISE/PIANAS, op.cit., ad art. 264 CO, n. 15).

Nulla avrebbe impedito ai conduttori di comunicare al locatore il nominativo di uno o più inquilini interessati al subingresso, con invito al locatore stesso a permettere a tali interessati di visitare, a una determinata data, l'ente locato.

4. Risulta pertanto, in base a quanto sopraindicato, che non vi è stata alcuna rescissione consensuale del contratto di locazione per il 13 o il 19 luglio 2012 e che i conduttori non hanno adempiuto al loro obbligo di proporre un nuovo conduttore solvibile e ragionevolmente accettabile, ai sensi dell'art. 264 cpv. 1 CO. Giusta l'art. 264 cpv. 2 CO, se il conduttore non propone un nuovo conduttore con i necessari requisiti, egli rimane tenuto

al pagamento del corrispettivo fino al momento in cui, per contratto o per legge, la locazione si estingue o può essere sciolta (v. LACHAT, op. cit., pag. 619, n. 5.6.1).

Ad ogni buon conto, il locatore non deve rimanere inattivo; deve egli stesso sforzarsi di reperire un locatario sostitutivo (LACHAT, op. cit., pag. 619, n. 5.6.1 e riferimenti giurisprudenziali citati alla nota 147 a piè di pagina). Ciò in virtù del principio dell'obbligo di contenimento del danno, secondo cui il locatore è tenuto ad intraprendere quanto da lui ragionevolmente e in buona fede esigibile al fine di diminuire il suo pregiudizio (BISE/PLANAS, op. cit., ad art. 264 CO, n. 105; SVIT, Kommentar Mietrecht, ad art. 264 CO, n. 25 e 27 e segg.). Allorquando il locatore si rende conto che il conduttore uscente non riesce a trovare un subentrante o non vuole (più) effettuare ricerche in tal senso, egli, come detto, deve attivarsi personalmente, ad esempio iniziando a far pubblicare degli annunci (HIGI, Zürcher Kommentar, ad art. 264 CO, n. 84). Se non lo fa, il giudice procederà a ridurre equitativamente l'ammontare del risarcimento dovuto dall'inquilino uscente (v. LACHAT, op. cit., pag. 620, n. 5.6.2; HIGI, op. cit., ad art. 264 CO, n. 78; DTF 119 II 36, consid. 3c).

Al più presto, l'obbligo per il locatore di attivarsi per reperire un locatario di rimpiazzo, nasce a partire dal momento in cui è avvenuta la restituzione effettiva dei locali (CHAIX, L'article 264 CO: à la recherche du locataire de remplacement, in SJ 1999 II, 75 e seg.). Secondo HIGI (op. cit., ad art. 264 CO, n. 81 e segg.), il locatore può e deve attendere ad iniziare la propria ricerca, sintanto che – secondo le circostanze concrete e in base al principio della buona fede – poteva ancora aspettarsi, da una ragionevole e corretta controparte contrattuale, che questa avesse a proporre un inquilino subentrante. Una volta atteso questo termine, che può di regola essere quantificato in tre/quattro settimane (HIGI, op. cit., loc. cit., n. 81), il locatore, sempre in virtù del principio della buona fede, deve espressamente invitare il conduttore, sino a lì rimasto silente, a voler proporre un subentrante (HIGI, op. cit., loc. cit., n. 82 e 85).

...

6. In siffatto corollario, a mente di questo Giudice, dopo aver atteso sino al 25 luglio 2012 (un mese dall' "abbandono" dei locali) senza veder giungere da parte di conduttori alcuna proposta di locatario subentrante e dopo aver constatato il mancato ritiro della raccomandata inviata ai convenuti, – in buona fede – avrebbe dovuto e potuto iniziare egli stesso le ricerche di un nuovo inquilino ciò che non risulta, rispettivamente non dimostra, di aver fatto. Egli è rimasto, apparentemente, totalmente passivo.

Considerati i tempi di pubblicazione e, comunque, la non esiguità del canone previsto (fr. 2 000.– mensili, spese accessorie comprese), ben si può ragionevolmente ritenere che, se l'attore si fosse attivato a partire da fine luglio 2012, egli avrebbe potuto reperire un subentrante a decorrere dal 1° ottobre 2012. Questo Pretore, nell'ambito dell'ampio margine di apprezzamento che gli compete (v. CHAIX, op. cit., loc. cit., pag. 76, con riferimento anche alla nota 178 a piè di pagina), reputa pertanto equo riconoscere all'attore un importo risarcitorio pari a tre mensilità di pigione, forfait per spese accessorie compreso, vale a dire fr. 6 000.– (gli stessi convenuti hanno ammesso in causa un montante a favore dell'attore di fr. 866.71; cfr., analogamente, MRA 5/96, pag. 226 e segg.), oltre ad interessi al 5% a partire dal 1° gennaio 2013, come domandato dalla parte attrice.

(Il Pretore della Giurisdizione di Locarno-Città del 13 gennaio 2014)

Art. 259a, 259d OR,
Art. 92 Abs. 2 ZPO

4. Mietzinsherabsetzung wegen Wassereintritts in Keller und Schimmel- bildung

Im vorliegenden Entscheid werden Ausführungen zur Berechnung des Streitwerts bei einer Klage auf Mängelbeseitigung gemacht. Es ist auf die wahrscheinliche Dauer des Gerichtsverfahrens und der anschließenden Mängelbeseitigung abzustellen. Weiter wurden die Voraussetzungen zur Mietzinshinterlegung geprüft und hier bejaht. Die Wassereintritte in zwei Kellerräumen und die Schimmelbildung an den Wänden und Decken dieser Räume wurden vom Gutachter als Baufehler qualifiziert und stellen daher einen Mangel am Mietobjekt dar, welcher zu einer Mietzinsherabsetzung berechtigt. Der Entscheid enthält Ausführungen über die Höhe und den Zeitraum der Herabsetzung.

Sachverhalt

Die Kläger schlossen mit der Beklagten am 5. September 2011 einen Mietvertrag über ein neu erstelltes Einfamilienhaus ab, zu einem monatlichen Nettomietzins von 2900 Franken zzgl. Nebenkosten von 170 Franken.

Mietbeginn war der 1. Oktober 2011; effektiv übernommen haben die Kläger das Mietobjekt bereits im Verlaufe des Septembers 2011. Nach dem Einzug machten die Kläger gegenüber der Beklagten Mängel am Mietobjekt geltend. Unter anderem wurde gerügt, dass in den Kellerräumen Wasser eintrete, was zur Schimmelbildung an Decken und Wänden führe.

Aus den Erwägungen

1.2 Streitwert

Nach Art. 92 Abs. 2 ZPO gilt bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung als Kapitalwert (Art. 92 Abs. 2 ZPO); diese Rechtsnorm ist auch auf Verfahren um Herabsetzung des Mietzinses anwendbar (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 274f N 31). Kann die Dauer nicht genau festgelegt werden, gilt sie aber nicht bereits als ungewiss. Denn ist eine Nutzung oder Leistung wahrscheinlich für eine Dauer von weniger als 20 Jahren geschuldet, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den kapitalisierten Wert für die wahrscheinliche Dauer abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 4C.387/2004 vom 17. März 2005 E. 1.2.2.). Die Beurteilung, ob die Wassereintritte, die Schimmelbildung und der zu kleine Garten Mängel im Sinne von Art. 259a OR darstellen, ist Gegenstand dieses Verfahrens. Steht bereits das Bestehen der Mängel nicht fest, so ist umso mehr der Zeitpunkt ihrer allfälligen Beseitigung unklar, weshalb auch die Dauer der Mietzinsherabsetzung unklar ist. Die Beseitigung der Mängel bzw. Ersatzvornahme ist indes ebenfalls Gegenstand dieses Verfahrens, daher wird es bei einer allfälligen Bejahung der Beseitigungspflicht kaum 20 Jahre dauern, bis die Mängel behoben sind, womit die Dauer auch nicht als "ungewiss" bezeichnet werden kann. Für die Streitwertschätzung ist demnach auf die wahrscheinliche Dauer des Gerichtsverfahrens und der anschliessenden Mängelbeseitigung abzustellen. Die Dauer des Gerichtsverfahrens (inkl. Beweisverfahren) wird auf drei Jahre (36 Monate) geschätzt. Hinzu kommt die Dauer ab der Geltendmachung der Mängel bis zur Verfahrenseinleitung. Diese beträgt neun Monate. Daraus resultiert eine Dauer von insgesamt 45 Monaten, beginnend ab dem 1. Oktober 2011. Dies ergibt für die Wassereintritte, die Schimmelbildung und den zu kleinen Garten eine Mietzinsherabsetzung von 34 110 Franken (45 Monate x Fr. 758.00 = Fr. 34 110.00).

...

2.1 Zulässigkeit der Hinterlegung des Mietzinses

Das Gericht hat vorfrageweise zu prüfen, ob die Hinterlegung des Mietzinses durch die Kläger zulässig war. Verlangt ein Mieter einer unbeweglichen Sache vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels, so muss er ihm dazu schriftlich eine angemessene Frist setzen und kann ihm androhen, dass er bei unbenutztem Ablauf der Frist Mietzinse, die künftig fällig werden, bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen wird. Er muss die Hinterlegung dem Vermieter schriftlich ankündigen (Art. 259g Abs. 1 OR). Das Recht zur Mietzinshinterlegung besteht unabhängig von allfälligen weiteren Mängelrechten (HIGI, Züricher Kommentar OR, Zürich 1994, Art. 259g N 9). Voraussetzungen der Hinterlegung sind das Bestehen eines Mangels, die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigung des Mangels, die Aufforderung zur Beseitigung des Mangels und die Androhung der Hinterlegung. Hinterlegungsfähig ist der ganze Mietzins, unabhängig von der Höhe einer etwaigen Mietzinsreduktion (WEBER, Basler Kommentar OR I, Basel 2011, Art. 259g N 11).

Die Kläger haben mit der Beklagten einen Mietvertrag über ein neu erbautes Einfamilienhaus in Z abgeschlossen; offizieller Mietbeginn war der 1. Oktober 2011. Mit E-Mail vom 16. und 30. Januar 2012 sowie Schreiben vom 20. Februar 2012 informierten die Kläger die Beklagte über störende Geräusche durch die Heizung im Erdgeschoss, Wassereintritt mit erheblicher Schimmelbildung in den beiden nicht beheizten Kellerräumen und über die von der zugesicherten Fläche abweichende Grösse des Grundstücks. Mit Schreiben vom 8. März 2012 drohten die Kläger, den Mietzins zu hinterlegen, sollten die Mängel nicht spätestens bis am 12. März 2012 behoben sein. Am 29. März 2015 [recte: 2012] kündigten die Kläger die Hinterlegung der künftigen Mietzinse bei der Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtverhältnisse des Kantons Appenzell Ausserrhoden an. In der Folge hinterlegten sie ab April 2012 den Mietzins in der Höhe von 2900 Franken. Von den geltend gemachten Mängeln ist zumindest der Wassereintritt in die Kellerräume und die Schimmelbildung an den Kellerwänden aktenkundig. Die Kläger haben vorschriftsgemäss der Beklagten schriftlich eine Frist zur Behebung dieser Mängel angesetzt und im Unterlassungsfall die Hinterlegung des Mietzinses angedroht. Nachdem die Beklagte diese Mängel bis zur angesetzten Frist nicht vollständig behoben hatte, haben die Kläger die Mietzinshinterlegung schriftlich angezeigt. Damit haben die Kläger die Voraussetzungen zur Mietzinshinterlegung gemäss Art. 259g Abs. 1 OR erfüllt; die Hinterlegung war demnach zulässig.

...

2.3 Wassereintritt in den Keller und Schimmelbildung an den Kellerwänden

...

Die Einzelrichterin hat bei E.V., dipl. Bauingenieur ETH SIA, ein Gutachten zur Klärung der Ursache für die Wassereintritte und die Schimmelbildung im Keller in Auftrag gegeben. Im Gutachten und den Antworten zu den Ergänzungsfragen stellt der Gutachter fest, das eingetretene Wasser habe nicht den ganzen Kellerboden bedeckt, daher sei von einer Wassershöhe von 1 bis 2 Millimetern und nicht von mehreren Zentimetern auszugehen. Angesichts der Bodenfläche entspreche dies etwa 34 bis 67 Liter Wasser. Eine solche Wassermenge könne unter normalen Bedingungen nicht durch Oberflächenkondensation der Raumluft in nicht künstlich klimatisierten Räumen entstehen. Vielmehr sei das Wasser mit grosser Wahrscheinlichkeit bei der Aussentür eingedrungen, da dort bei einem Gewitter mit Föhnwind leicht Regenwasser ins Innere gelangen konnte. Zur Verhinderung der Wassereintritte sei am 22. März 2012 eine Schwelle eingebaut und die Fugen abgedichtet worden. Die Schwellenhöhe sei zwar tiefer als die Normvorgabe, aber die Sickerfähigkeit des auf dem Vorplatz eingebauten Schotters reiche offenbar zur Versickerung des Regenwassers und der Schneeschmelze aus. Denn nach Angaben der Kläger sei seit dem Schweleneinbau kein Wasser mehr eingedrungen. Auch anlässlich der Begehung am 30. Januar 2014 seien die Kellerräume trocken gewesen. Aus diesem Grund sei auch die Möglichkeit, dass das Wasser aus einem verstopften Ablauf oder einer lecken Leitung der Heizungsanlage stammte, kaum nachvollziehbar; zumal in diesem Zeitraum an der Anlage nichts verändert worden sei. Das Einsickern des Wassers durch eine Fuge oder durch Risse in der Bodenplatte sei ebenfalls sehr unwahrscheinlich, da sich nirgends Spuren von eingesickertem Wasser feststellen lasse. Die Schimmelbildung an den Wänden und Decken der Kellerräume sei auf die Kondensation der Raumluft an der kalten Oberfläche zurückzuführen, d.h. massgebend sei weniger die Luftfeuchtigkeit im Raum, sondern vielmehr die Feuchtigkeit an der Materialoberfläche. Eine solche Feuchtigkeit könne entstehen, wenn Regenwasser als Folge von Schlagregen durch eine undichte Türschwelle oder einen nicht fertig erstellten Kragplatten-Anschluss in das Gebäudeinnere gelangte. Zur Verhinderung der Schimmelbildung seien je zwei Löcher in die Aussenwände der beiden Kellerräume und ein Loch in die Betonwand zwischen den beiden Räumen gebohrt worden. Die ursprüngliche Erstellung der Kellerräume ohne Lüftungslöcher sei ein Planungsfehler, zumal die geschlossene Kellertür nicht als eine Lüftungsöffnung betrachtet werden könne. Die gebohrten Lüftungslöcher erscheinen ausreichend, da es seither zu keiner neuen Schimmelbildung gekommen sei.

Die Wassereintritte in zwei Kellerräumen und die Schimmelbildung an den Wänden und Decken dieser Räume sind durch die eingereichte Fotodokumentation hinreichend belegt und werden von den Parteien grundsätzlich auch nicht bestritten. Strittig ist deren Ursache. Die Kläger nennen als Ursache Baumängel, die Beklagte geht von Kondensationswasser aufgrund ungenügender Lüftung durch die Kläger aus. Im Gutachten kommt der Gutachter zum Schluss, dass der Grund für den Wassereintritt in die Kellerräume und letztlich auch für die Schimmelbildung mit grosser Wahrscheinlichkeit Regenwasser ist, das bei der damals noch fehlenden Schwelle unter der Aussentür eingedrungen ist. Oberflächenkondensationswasser als Ursache schliesst er aus. Auch Wasser aufgrund einer defekten Leitung der Heizungsanlage hält er für unwahrscheinlich, da seit dem Einbau der Türschwelle kein Wasser mehr eingetreten ist und an der Heizanlage nichts geändert wurde. Die Schlussfolgerungen im Gutachten sind nachvollziehbar und schlüssig; es gibt keinen Grund, diese in Frage zu stellen. Demzufolge sind das eingetretene Wasser und die Schimmelbildung auf Regenwasser zurückzuführen, welches aufgrund eines Baufehlers, die anfangs fehlende Türschwelle, in die Kellerräume eingedrungen ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gutachter diese Variante "nur" mit grosser Wahrscheinlichkeit statt, wie die Beklagte moniert, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die Ursache hält. Weitere mögliche Ursachen schliesst der Gutachter mit Sicherheit aus, z.B. das von der Beklagten angegebene Kondensationswasser, oder hält sie für sehr unwahrscheinlich. Es ist daher statthaft, auf die mit grosser Wahrscheinlichkeit zutreffende Variante abzustellen; zumal es spitzfindig ist, den Gutachter als juristischen Laien auf dem Unterschied "grosse" und "überwiegende" Wahrscheinlichkeit zu behaften. Und selbst wenn entgegen den Schlussfolgerungen des Gutachtens Kondensationswasser, das sich aufgrund unzureichender Lüftung gebildet hätte, als Ursache für das Wasser und die Schimmelbildung in Betracht gezogen würde, könnte dies nicht den Klägern angelastet werden. Der Gutachter hält diesbezüglich explizit fest, dass die Kellertür — Fenster existieren nicht — nicht zur Lüftung dient und die anfangs fehlenden Lüftungslöcher im Keller als Planungsfehler zu qualifizieren sind. Die Kläger hatten somit gar nicht die Möglichkeit für eine gute Durchlüftung des Kellers zu sorgen. Der Wassereintritt und die Schimmelbildung sind somit als Folge von Mängeln am Mietobjekt der Beklagten anzulasten.

...

2.7 Herabsetzung des Mietzinses

Gemäss Art. 259d OR kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur

Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt, sofern die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert wird. Voraussetzung für den Herabsetzungsanspruch ist, dass der Mangel weder vom Mieter zu verantworten noch auf dessen Kosten zu beseitigen ist. Hinsichtlich der Schwere des Mangels hat das Bundesgericht festgehalten, dass nicht jede beliebige Unzulänglichkeit und Unvollkommenheit der Mietsache einen Mangel darstellt, der das von den Parteien festgelegte Gleichgewicht ihrer vertraglichen Leistung stört und einen Herabsetzungsanspruch begründet. Der Mangel muss zumindest eine mittlere Schwere aufweisen. Diese liegt vor, wenn der Gebrauch der Mietsache um mindestens 5 % eingeschränkt ist oder ein leichter Mangel über einen langen Zeitraum besteht (Urteil des Bundesgerichts 4C.97/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 3.3). Die Höhe des Herabsetzungsanspruchs bestimmt sich nach der relativen Berechnungsmethode, wonach der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zum Wert der gebrauchstauglichen Sache zu setzen und der Nettomietzins im gleichen prozentualen Verhältnis herabzusetzen ist (ROY, Rechte der Mieterschaft bei Mängeln an der Mietsache, in: LACHAT et al. (Hrsg.), Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, Rz. 11/3.5). Dabei ist auf objektive Kriterien abzustellen, insbesondere auf die Art und Beschaffenheit des Mietobjekts und des Mangels sowie auf den Vertragsinhalt (WEBER, Basler Kommentar OR I, Basel 2011, Art. 259d N 6). Der Herabsetzungsanspruch beginnt mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Mangels durch den Vermieter und erlischt mit der Beseitigung der Beeinträchtigung. Die Beseitigung der Beeinträchtigung kann, muss aber nicht identisch sein mit der Beseitigung des Mangels, welcher die Beeinträchtigung verursacht hat (HIGI, Zürcher Kommentar OR, Zürich 1994, Art. 259d N 19).

...

Zur Höhe der Mietzinsherabsetzung wegen übermässiger Feuchtigkeit bzw. Wassereintritt hat sich die Rechtsprechung verschiedentlich geäussert. Davon sind zwei Entscheide mit dem vorliegenden Fall vergleichbar. In einem Fall drang Wasser in einen Keller ein, wofür eine Mietzinsreduktion von 5 % gewährt wurde; im anderen Fall war ein Keller einer neuen 6-Zimmer-Wohnung undicht und verschiedene dort gelagerte Gegenstände wurden beschädigt, was zu einer Mietzinsreduktion von 10 % führte (ZÜST, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, mietrechtspraxis 2004, S. 72). Vorliegend war der Boden zweier Kellerräume grösstenteils mit Wasser bedeckt; umgerechnet auf den ganzen Kellerboden betrug die Wasserhöhe ca. ein bis zwei Millimeter. Hinzu kam eine Schimmelbildung, die sich über Wände und Decken der beiden Kellerräume erstreckte. Als Folge davon war die Nutzung der beiden Kellerräume verunmöglicht. In Beachtung der

genannten Rechtsprechung rechtfertigt sich für das Eindringen des Wassers in die Kellerräume eine Mietzinsreduktion von 5 %. Für die aufgetretene Schimmelbildung ist die Mietzinsreduktion ebenfalls auf 5 % festzulegen. Der Herabsetzungsanspruch bezieht sich auf den Nettomietzins von 2900 Franken, womit sich vorliegend eine Mietzinsherabsetzung von 290 Franken/Monat ergibt.

Hinsichtlich des Zeitraums der Beeinträchtigung sind die Angaben widersprüchlich. Die Parteien geben zwar übereinstimmend an, dass die Kläger kurze Zeit nach der Übernahme des Mietobjektes die Beklagte über Wasser im Keller mündlich informierten; anders als die Kläger ist die Beklagte allerdings der Meinung, dass dies nicht als Mängelrüge gedeutet werden könne, zumal damals nur eine kleine Wasserlache vorgefunden worden sei und die Parteien deshalb nicht von einem Mangel, sondern von einem einmaligen Ereignis ausgegangen seien. Bis zur schriftlichen Rüge im Januar 2012 habe es denn auch keine weiteren Beanstandungen gegeben. Die Kläger schildern diesbezüglich, eine Vertreterin der Beklagten habe damals einen Augenschein genommen und sei selbst für die Reinigungsarbeiten besorgt gewesen. Es kann davon ausgegangen werden, dass damit die Sache zum damaligen Zeitpunkt erledigt war und weitere Massnahmen zur Mängelbehebung kein Thema waren, zumal die Kläger nicht vorbringen, dass sie die Beklagte zu weiteren Mängelbehebungen aufgefordert hätten. Für den Zeitpunkt, ab dem die Beklagte Kenntnis vom Mangel hatte, ist somit auf die schriftliche Mängelrüge der Kläger vom 16. Januar 2012 abzustellen. Hinsichtlich des Endes des Anspruchs auf Mietzinsherabsetzung ist vorliegend der letzte Tag der Nutzungsbeeinträchtigung der Kellerräume massgebend. Mit dem Einbau der Türschwelle am 22. März 2012 wurden weitere Wassereintritte verhindert. Die Beeinträchtigung durch Wassereintritte war somit am 23. März 2012 beseitigt. Zur Verhinderung neuer Schimmelbildung wurden am 30. März 2012 Luftlöcher gebohrt; die entstandenen Schimmelpilze an den Wänden und Decken der Kellerräume wurden am 10. Mai 2012 entfernt. Folglich war die Beeinträchtigung durch die Schimmelbildung am 11. Mai 2012 vollständig beseitigt. Grundsätzlich endete somit der Anspruch auf Mietzinsherabsetzung hinsichtlich der Wassereintritte am 22. März 2012 und hinsichtlich der Schimmelbildung am 10. Mai 2012.

(Entscheid des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 12. Mai 2015)

Art. 269d, 270b OR
Art. 14 VMWG

5. Mietzinserhöhung nach umfassender Überholung

Mietzinserhöhungen nach umfassenden Überholungen sind häufig Gegenstand aufwendiger gerichtlicher Streitigkeiten. Das nachfolgend zitierte Urteil legt diesbezüglich und auf Mieterseite dar, welche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einrede des übersetzten Ertrags bestehen als auch welche Anforderungen an die Widerlegung der in Artikel 14 Absatz 1 VMWG aufgestellten Wertvermehrungsvermutung – 50 bis 70 %-Regel – zu setzen sind. Auf Seiten des Vermieters wird aufgezeigt, ob Mieterentschädigungen und Verzinsungskosten den Baukosten hinzuzurechnen sind, welche Anforderungen an die Substantiierung geltend gemachter Baukosten zu stellen sind und welcher Verteilschlüssel auf die Kosten für allgemeine Gebäudeteile anzuwenden ist.

Sachverhalt

In den Jahren 2010 und 2011 wurde die Liegenschaft durch die Vermieterin (Klägerin) einer umfassenden Überholung unterzogen. Dabei wurde die Dachgeschosswohnung von einer einstöckigen in eine zweistöckige, ca. 195 m² grosse Wohnung ausgebaut. In den darunterliegenden Geschossen befindet sich pro Etage je eine 5-Zimmerwohnung. Während die Wohnung

im Erdgeschoss über eine Fläche von 129 m² verfügt, haben die Wohnungen im ersten und zweiten Obergeschoss eine Grösse von je 126 m².

Am 8. Dezember 2011 zeigte die Vermieterin den im 2. Obergeschoss wohnenden Mietern (Beklagte) eine Mietzinserhöhung per 1. April 2012 an. Den bis dahin zu leistenden monatlichen Nettomietzins von Fr. 2522.– zuzüglich Nebenkosten von Fr. 343.– erhöhte sie auf Fr. 3416.– zuzüglich Nebenkosten von Fr. 343.–. Die Erhöhung begründete die Vermieterin wie folgt:

„1 Anpassung Referenzzinssatz, Teuerungsausgleich und Kostensteigerung

Basis für Mietzins	bisher	aktueller Stand	Änderung	
Referenzzinssatz	2.75 %	2.50 %	-2.91 %	
Lebenskostenindex	159.8 P	160.2 P	0.10 %	
<u>Gebühren/Abgaben</u>	<u>Sept. 10</u>	<u>Nov. 11</u>	<u>0.58 %</u>	
Senkungsanspruch Mieter			2.23 %	Fr. -56.00

2 Erhöhung infolge Gebäude-, Küchen- und Badsanierung Fr. 950.00“

Mit Eingabe vom 7. September 2012 – und nach erfolglos gebliebenen Schlichtungsverfahren – reichte die Vermieterin Klage beim Mietgericht des Bezirks Zürich ein. Sie beehrte dabei, es sei festzustellen, dass der Mietzins von monatlich Fr. 3416.– netto zuzüglich Fr. 343.– akonto Heiz- und Betriebskosten nicht missbräuchlich sei. Hierfür wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Gesamtkosten der umfassenden Sanierung Fr. 2 145 111.25 betragen. Der Bauleiter sei beauftragt worden diese Kosten in die Bereiche Gebäude allgemein, Innenausbau Wohnungen EG bis 2. OG und Ausbau Wohnung Dachstock aufzuteilen. Diese Aufteilung sehe wie folgt aus:

(Innen)Ausbaukosten der drei Wohnungen EG bis 2. OG	Fr. 808 149.10
Kosten Sanierung allgemeine Gebäudeteile	Fr. 733 578.20
Kosten Ausbau Wohnung Dachgeschoss	<u>Fr. 592 622.00</u>
Total	<u>Fr. 2 145 473.00</u>

Die für die fragliche Mietzinserhöhung massgebende Bausumme setze sich aus den Innenausbaukosten der drei Wohnungen im EG bis 2. OG sowie einem Anteil an den Sanierungskosten für die allgemeinen Gebäudeteile zusammen und betrage Fr. 1 340 365.–. Von diesen Kosten seien 60 % als wertvermehrend zu betrachten und zu einem Kapitalisierungssatz von 6.5 % zu verzinsen. So berechnet sei eine monatliche Mietzinserhöhung von Fr. 1452.05 zulässig. Die angezeigte Mietzinserhöhung wegen wertvermehrender Investitionen in Höhe von Fr. 950.– sei dagegen deutlich tiefer ausgefallen.

Die Mieter anerkannten zwar die vorgenommene Sanierung als umfassende Überholung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 VMWG. Sie bestritten jedoch die Höhe der Baukosten von Fr. 2 145 111.– und machten geltend, die Aufteilung in die drei Bereiche (Kosten Wohnungen EG bis 2. OG, Allgemein, Dachstock) sei nicht nachvollziehbar. Bestritten wurde daher auch die behauptete massgebende Investitionssumme von Fr. 1 340 365.– nach Bestand und Umfang. Die Mieter hielten zudem dafür, dass ein wertvermehrender Anteil von höchstens 30 % gerechtfertigt sei, der zu einem Kapitalisierungssatz von 5.14 % verzinst werden dürfe.

Aus den Erwägungen

4. Einrede des übersetzten Ertrags

Mietzinse sind missbräuchlich, wenn damit ein übersetzter Ertrag aus der Mietsache erzielt wird (Art. 269 OR). Der zulässige oder missbräuchliche Ertrag bestimmt sich anhand einer Nettorenditeberechnung (vgl. dazu SVIT-Kommentar III, Art. 269 OR N 6 ff.).

4.1 Die Mieter erheben die Einrede des übersetzten Ertrags, indem sie geltend machen, sofern die Mietzinserhöhung den anerkannten Betrag von Fr. 600.– übersteige, führe dies zu einem nach Art. 269 OR missbräuchlichen Mietzins.

Die Vermieterin hält dem entgegen, die Liegenschaft sei vor Jahrzehnten in ihr Eigentum übertragen worden. Unbekannt sei, zu welchen Konditionen dies erfolgt sei. Sofern überhaupt allfällige Übernahmewerte vorhanden wären, wären diese gegenüber heutigen Wertverhältnissen unrealistisch und könnten zu einer Ertragsberechnung nicht mehr herangezogen werden. Der Einwand des übersetzten Ertrags sei somit unbehelflich. Unstrittig ist im Übrigen zwischen den Parteien, dass die streitgegenständliche Liegenschaft eine Altbaute ist.

4.2 Die Vermieterin hat den Mietzins wegen Mehrleistungen i.S.v. Art. 269a lit. b OR erhöht. Die Mieter sind grundsätzlich berechtigt, gegenüber einer derart begründeten Mietzinserhöhung die Einrede des übersetzten Ertrags zu erheben (BGE 124 III 310 E. 2b; 140 III 433 E. 3 und 3.1 je mit weiteren Verweisungen).

Sowohl der angerufene Erhöhungsgrund als auch die erwähnte auf die Nettorenditeberechnung gestützte Einrede des übersetzten Ertrags beruhen auf dem Prinzip der Kostenmiete. Dieser steht die Marktmiete gegenüber. Der

Marktmietzins wird anhand des orts- und quartierüblichen Mietzinses ermittelt (Art. 269a lit. a OR). Diese beiden Prinzipien stehen zueinander in einem gewissen Spannungsverhältnis (z.B. BGE 118 II 124 E. 4). Bei Altbauten geht die Marktmiete der Kostenmiete vor, weil die Nettorenditeberechnung zu wirtschaftlich unrealistischen Ergebnissen führt (zuletzt BGE 140 III 433 E. 3.1 mit weiteren Verweisungen). In Anbetracht dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung, worauf die Vermieterin sich beruft, kann bei Altbauten eine Nettorendite unterbleiben, wenn die Vermieterin sich auf die Orts- und Quartierüblichkeit beruft und eine genügend grosse Anzahl von Vergleichsobjekten im Sinne von Art. 11 VMWG nennen kann (so der Sachverhalt in BGE 4C.323/2001 E. 3a). Im vorliegenden Fall macht die Vermieterin allerdings keinerlei Ausführungen zur Orts- und Quartierüblichkeit. Vielmehr lässt sie es beim allgemeinen Hinweis bewenden, eine Nettorenditeberechnung führe – sofern diese überhaupt durchgeführt werden könne – zu unrealistisch tiefen Werten. Bei einer derartigen Konstellation, bei welcher die Orts- und Quartierüblichkeit nicht einmal behauptet wird, ist indessen davon auszugehen, dass die Marktmiete gar nicht zu prüfen ist. Die Vermieterin macht es sich daher mit ihrer Argumentation zu einfach. Nur allein die theoretisch denkbare Tatsache, dass eine Ertragsberechnung zu unrealistischen wirtschaftlichen Ergebnissen führt oder führen kann, bewirkt noch nicht, dass eine solche zum vorneherin gänzlich zu unterbleiben hat. Eine Ertragsberechnung entfällt vielmehr erst dann, wenn die Vermieterin substantiiert Vergleichsobjekte nennt, aufgrund derer die Orts- und Quartierüblichkeit bestimmt werden kann. Erst in einem solchen Fall wird die Marktmiete zum Prozessthema und es stellt sich auch erst dann die Frage, ob die Marktmiete der Kostenmiete vorgeht.

Da die Vermieterin es unterlassen hat, sich zur Orts- und Quartierüblichkeit zu äussern, sind die Mieter grundsätzlich berechtigt, gegenüber der strittigen Mietzinserhöhung die Einrede des übersetzten Ertrags (zu hohe Nettorendite) zu erheben (vgl. dazu auch BGE 4C.323/2001 E. 3a letzter Satz).

4.3 Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Nettorendite anhand der vom Eigentümer in die Liegenschaft investierten Eigenmittel zu überprüfen. Diese Nettorendite entspricht der Verzinsung des Eigenkapitals. Als Eigenkapital gilt dabei die Differenz zwischen den Anlagekosten und den aufhaftenden Schulden (BGE 122 III 257 E. 3a). Als Anlagekosten gelten einzig die Kosten bei Erwerb oder Erstellung der Liegenschaft (z.B. Kaufpreis, Baukosten und Kosten für Land). Andere Werte kommen nicht in Frage (BGE 122 III 257 E. 3). Die Mieter sind gemäss Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig, dass ihre Einrede, wonach der Mietzins zu einem übersetzten Ertrag führt, zutrifft. Eine Ertragsberechnung setzt

zunächst voraus, dass das Eigenkapital berechnet werden kann. Dies wiederum bedingt, dass die Anlagekosten und die Hypothekarschulden ermittelt werden müssen. Die Mieter sind demnach zur Höhe der Anlagekosten und Hypothekarschulden zum Beweis zuzulassen.

Auf der Liegenschaft lasten keine Hypothekarschulden. Gemäss einer im Beweisverfahren eingeholten schriftlichen Auskunft des Grundbuchamtes X vom 29. Juli 2014 wurde das Eigentum an der Liegenschaft im Jahr 1969 an die Kollektivgesellschaft Y (Vermieterin) übertragen. Dabei wurde kein Übernahmewert festgelegt, denn gemäss Auskunft des Grundbuchamtes wurde die Eigentumsübertragung im Grundbuch "gestützt auf eine Grundbuchanmeldung, welche zwar die Schuldübernahme aber keine Übernahmewerte enthält, und ohne zusätzlichen Rechtsgrundausweis eingetragen". Zuzufolge einer Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft wurde die Vermieterin am 5. Dezember 1985 sodann als neue Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen. Die Grundbuchanmeldung enthielt wiederum keine Angaben zum Wert des Grundstücks. Weitere vor diesen Eigentumsübertragungen datierende Unterlagen aufgrund derer die Anlage- oder Baukosten ermittelt werden können, existieren nicht bzw. nicht mehr.

Mangels Vorliegens von Unterlagen sowie zuzufolge dieser schriftlichen Auskunft steht fest, dass die Anlagekosten nicht eruiert werden können. Demzufolge kann auch das Eigenkapital nicht ermittelt werden. Da Belege zur Feststellung des investierten Eigenkapitals fehlen, kann eine Nettorenditeberechnung nicht vorgenommen werden. Die von den Mietern erhobene Einrede bleibt demnach unbewiesen.

...

6.1 Massgebende Baukosten und weitere anrechenbare Positionen

Gestützt auf die Schlussrechnung Umbau behauptet die Klägerin Baukosten in Höhe von Fr. 2 145 111.–.

Die Vermieterin macht geltend, zu den Baukosten seien die Mieterentschädigungen von Fr. 11 062.– und die Verzinsungskosten von Fr. 13 270.– für die von ihr bis zum Inkrafttreten der Mietzinserhöhung vorgeleisteten Sanierungskosten hinzuzurechnen. Gemäss ständiger Praxis des Mietgerichts zählen die Mieterentschädigungen nicht zu den Renovationskosten und sind allein vom Vermieter zu tragen (ZMP 2/04, S. 14 und 18; anders Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Mai 2001, E. 4c in: MRA 5/01, S. 139). An dieser Praxis des Mietgerichts ist festzuhalten. Mit den Entschädigungen sollen die eingeschränkte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache abgegolten werden. Dieser Anspruch steht den Mietern von Gesetzes wegen zu (Art. 259d OR). Es kann daher nicht angehen, dass diese

Entschädigungen zu den Baukosten hinzugerechnet werden, würden doch damit die Mieter die ihnen zugesprochenen Entschädigungen im Laufe der Jahre dem Vermieter wieder zurückzahlen.

Das Obergericht hat zudem in Erw. 4b. des erwähnten Entscheids festgehalten, dass Zwischenzinsen den Sanierungskosten zuzurechnen sind. Nach der Praxis des Mietgerichts gehören die Finanzierungskosten indessen nur dann zu den überwälzbaren Investitionskosten, wenn sie tatsächlich angefallen sind, was z.B. für die Baukreditzinsen zutrifft. Werden die Sanierungskosten hingegen aus eigenen Mitteln finanziert, sind keine Verzinsungskosten zu berücksichtigen (ZMP 1/04, S. 8 und 11 f.). Sofern der Vermieter die Baukosten aus eigenen Mitteln finanziert, kann er sein Kapital nicht anderweitig verzinsen. Diese entgangenen Zinseinnahmen sind daher genauso wie die Zinsen für einen vom Vermieter aufgenommenen Baukredit als Investitionskosten zu betrachten. Auch ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, der eine Unterscheidung zwischen Baukreditzinsen und Eigenkapitalzinsen nahelegen würde. An der erwähnten Praxis des Mietgerichts ist daher nicht mehr festzuhalten. Der Vermieter kann somit einen Zwischenzins für sein eigenes Kapital, welches er zur Finanzierung der Sanierung einsetzte, verlangen. Die Vermieterin macht ab 1. Dezember 2011 bis 1. April 2012 einen Zins von 3 % geltend. Dieser Zinssatz sowie die beantragte Dauer von vier Monaten sind nicht zu beanstanden. Die Vermieterin beansprucht Verzinsungskosten von Fr. 13 270.–. Sie verlangt daher auf einem Kapital von Fr. 1 327 000.– Zinse, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist.

...

6.2.1 Zur klägerischen Substantiierung der Baukostenaufteilung

a) Die Vermieterin begründet die Aufteilung der Baukosten wie folgt: Gestützt auf die Schlussrechnung Umbau seien Gesamtbaukosten von Fr. 2 145 111.– ausgewiesen. Bauleiter Z sei damit beauftragt worden, diese Investitionskosten in die erwähnten drei Bereiche nach BKP-Positionen gegliedert und differenziert zu erfassen bzw. aufzuteilen. Z sei in der Lage, über jede einzelne BKP-Position in der Berechnung der „Sanierungskosten nach Bereichen“ Zeugnis abzulegen. Die Kosten der Sanierungsmassnahmen, welche in den drei Etagen EG bis 2. OG in gleicher Weise ausgeführt worden seien, würden nach dieser Berechnung Fr. 808 149.– betragen. Die Kosten, welche für alle vier Etagen im gleichen Umfang angefallen seien, betrügen Fr. 733 578.–.

Die Mieter machen geltend, die Vermieterin verweise pauschal auf eine Aufteilung ohne im Detail zu sagen, wie Z zu seiner Einschätzung gekom-

men sei und nach welchen Kriterien er vorgegangen sei. Dies habe die Vermieterin im Einzelnen substantiiert zu behaupten, was die Vermieterin versäumt habe. Die Kostenaufteilung könne nicht intellektuell nachvollzogen werden. Mit dem Gerichtspräsidenten sei der Vermieterin entgegenzuhalten, dass sie nur das Ergebnis behauptete, ohne Ausführungen dazu zu machen, welche Überlegungen dahin geführt hätten.

b) Zur Substantiierung der Behauptungen gehört, dass eine Partei die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend und klar darzulegen hat, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Eine Partei darf sich daher nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesspunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Das Beweisverfahren soll nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen zu vervollständigen (BGE 108 II 337 E. 3; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 4 und BSK-ZPO-HAFNER, Art. 168 N 15).

Diese aufgeführten Grundsätze gelten uneingeschränkt für das ordentliche Verfahren, in welchem es den Parteien obliegt, die Tatsachen darzulegen und die Beweismittel anzugeben, auf die sie ihre Begehren stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; sog. Verhandlungsgrundsatz). Vorbehalten bleiben indessen gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhalts und die Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 55 Abs. 2 ZPO). Für Mietzinsstreitigkeiten gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Für diese Streitigkeiten stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO; sog. sozialer Untersuchungsgrundsatz). Im vereinfachten Verfahren trägt das Gericht bei der Beschaffung des Prozessstoffes eine Mitverantwortung. Es nimmt diese Ausgabe primär durch die Ausübung der Fragepflicht wahr und kann die erforderlichen Beweise von Amtes wegen erheben (DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 ZPO N 33 ff.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 17). So wirkt das Gericht durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren kann das Gericht Beweismittel ohne entsprechende Parteianträge abnehmen (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO).

Den in Erw. a) wiedergegebenen Argumenten der Mieter ist daher zunächst entgegenzuhalten, dass die Vermieterin aufgrund der sozialen Untersuchungsmaxime nur in untergeordnetem Masse substantiierungspflichtig ist. Dies gilt auch für eine Partei die anwaltlich vertreten ist. Der klägerische Rechtsvertreter führte in der Hauptverhandlung aus, die Vermieterin habe im Hinblick auf die Plausibilisierung und die Berechnung der Mietzinserhöhung die Bauleitung beauftragt, eine Aufteilung nach drei Kriterien –

Gesamtliegenschaft, nur Wohnungen EG bis 2. OG, nur Dachgeschosswohnung – vorzunehmen. Die einzelnen Unternehmer nähmen eine solche Aufteilung nicht vor. Der Fensterbauer liefere eine Anzahl Fenster, der Baumeister erbringe Baumeisterarbeiten in allen Bereichen der Liegenschaft, ebenso der Sanitär und der Schreiner etc. Praktisch sämtliche Untergattungen seien Werkverträge, welche als Leistungsinhalt alle Bereiche in dieser Liegenschaft hätten. Die Bauleitung habe aus den Unternehmerrechnungen die einzelnen Positionen herausfiltrieren und den einzelnen Bereichen zuzuordnen müssen. Es sei eine anspruchsvolle Aufgabe, die Herr Z nach bestem Wissen und in Anwendung der berufsbedingten Sorgfalt ausgeübt habe. Dabei habe er sich beispielsweise überlegen müssen, wo wie viele Meter Leitungen verlegt worden seien, wo wie viele Baumeister gearbeitet und Regiestunden aufgewendet hätten. Die Aufteilung der Kosten für die Küchengeräte sei einfacher, weil bekannt gewesen sei, welche Geräte in der Dachgeschosswohnung installiert worden seien. Herr Z habe aufgrund der Unternehmerrechnungen, der Kenntnisse über den Bauvorgang, der Pläne sowie anderer Unterlagen die Kostenaufteilung für jede einzelne BKP-Position vorgenommen. Das Produkt habe die Vermieterin in Form dieser von ihm vorgenommenen Zusammenstellung mit gewissen Erläuterungen ins Recht gelegt. Diese Ausführungen veranlassten den (damaligen) Mietgerichtspräsidenten offenbar zu einer Zwischenbemerkung, ist doch in einer Protokollnotiz festgehalten,

„(Der Mietgerichtspräsident erklärt, es läge nur das Endprodukt [vor]. Es gebe zu wenig Erläuterungen, wie man dazu gekommen sei.)“

Daraufhin wandte der klägerische Rechtsvertreter ein, „dazu müsste ich etwa 150 Seiten schreiben, da jeder Meter Elektro- und Sanitärleitung substantiiert werden müsste. Wir sind der Auffassung, dass die Substantiierung genügend ist, wenn wir unter Hinweis auf den beauftragten Fachmann dessen Produkt, das nach BKP-Positionen gegliedert ist, präsentieren...“. Falls das Gericht nach diesen Ausführungen des klägerischen Rechtsvertreters tatsächlich die Auffassung vertreten hätte, mit dem Verweis auf die vom Bauleiter Z erstellte Zusammenstellung sei die Aufteilung der Baukosten von der Vermieterin ungenügend substantiiert worden, hätte es dies in Anwendung von Art. 55 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 274 ZPO der Vermieterin klar und deutlich mitteilen müssen. Eine bloße präsidiale Zwischenbemerkung genügt diesen Anforderungen nicht...

c) Bei eingereichten Urkunden sind konkrete Behauptungen aufzustellen, die den einzelnen Urkunden zugeordnet werden können. Unzulässig wäre es hier, für die behaupteten Tatsachen pauschal auf die eingereichten Aktenstücke zu verweisen (LEUENBERGER in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/

LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 221 N 46). Sachverhaltselemente sind durch Verweis auf eingelegte Akten genügend behauptet, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen (z.B. BSK ZPO-HAFNER, Art. 168 N 16).

Aus den klägerischen Ausführungen in den Rechtsschriften und im Hauptverfahren ist unschwer zu entnehmen, dass sich die Vermieterin gesamthaft auf die Zusammenstellung des Bauleiters Z stützt. Aus der klägerischen Behauptung ergibt sich auch, dass die Vermieterin sämtliche darin aufgeführte Zahlen mitsamt den angegebenen Begründungen, mit welchen die Bauleitung für jede Baukostenposition die Kosten in die drei Baubereiche aufteilte, übernahm. Damit erhob die Vermieterin die in der Zusammenstellung enthaltenen Zahlen und Begründungen in der Gesamtheit zu ihrer eigenen Sachdarstellung. Dies war sowohl für das Gericht als auch die Gegenpartei ohne Weiteres ersichtlich. Ein derartiger umfassender Verweis der Vermieterin auf eine von ihr eingereichte Beilage stellt somit eine genügend substantiierte Behauptung dar.

d) Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III E. 2b mit weiteren Hinweisen).

In der von der Bauleitung erstellten Tabelle sind die Baukosten, welche je nach Arbeitsgattung bzw. je Baukostenposition anfielen, auf jeder Zeile im Einzelnen aufgeführt. Zudem wurden die entsprechenden Kosten, welche für jede einzelne Baukostenposition anfielen, in vier Spalten unterteilt (Gesamtbauposten, Gebäude allgemein, Kosten Wohnungen EG bis 2. OG, Kosten Wohnung DG).

Aus der Zusammenstellung geht demnach hervor, welchen Betrag die Vermieterin je Baukostenposition geltend macht und zu welchen Beträgen sich diese Kosten auf die drei Baubereiche aufteilen. Damit ist die Vermieterin ihrer Substantiierungspflicht in genügender Weise nachgekommen, kann und konnte doch für die drei Baubereiche Baukostenposition für Baukostenposition Beweis abgenommen werden und war es den Mietern gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung möglich, jede einzelne Position substantiiert zu bestreiten und den Gegenbeweis anzutreten. Dies gilt umso

mehr als in der Tabelle noch ausgeführt wurde, welche Arbeiten in den entsprechenden Baubereich ausgeführt wurden. Es würde daher zu weit gehen, von der Vermieterin darüber hinaus noch zu verlangen, darzulegen, wie der Bauleiter jede einzelne Position für den jeweiligen Bauteil berechnet hat.

e) Die Mieter berufen sich schliesslich noch auf eine Äusserung des Experten, welcher festhielt, eine Erläuterung des Systems oder Prinzips (Schnittstellen) für die Kostenaufteilung liege nicht vor. Die Ausschreibungsunterlagen und Werkverträge im Speziellen für die Elektro-, Haustechnik- und Sanitärinstallationen seien nicht mit einer entsprechenden Gliederung gestaltet worden. Eine Zuordnung sei deshalb nicht möglich. Auch für Honorare und Nebenkosten könne eine Zuordnung nicht erfolgen. Diese vom Experten ausgeführte Problematik betrifft nicht die Frage der Substantiierung, sondern diejenige der Beweisbarkeit...

6.2.2.6 Massgebende Kosten für die Berechnung der Mietzinserhöhung der Wohnungen EG bis 2. OG

...

Die Vermieterin hat die auf die allgemeinen Gebäudeteile entfallenden Kosten gleichmässig auf die vier Wohnungen verteilt. Für die drei Wohnungen im Erdgeschoss bis zum 2. Obergeschoss setzte die Vermieterin daher Kosten von Fr. 550 184.– ein (Fr. 773 578.– x $\frac{3}{4}$). ... Berücksichtigt man, dass die Wohnung im Dachgeschoss rund 70 m² (195m² gegenüber 129 m² bzw. 126 m²;...) grösser als die übrigen drei Wohnungen ist, rechtfertigt es sich allerdings nicht, die entsprechenden Kosten zu je einem Viertel zu verteilen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine grössere Wohnung in grösserem Masse von den allgemeinen Gebäudeteilen profitiert als eine kleinere Wohnung. Die Kosten sind daher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Verhältnis der Wohnungsfläche oder des Rauminhalts zu verteilen (BGE 4A_470/2009 E. 7 mit weiteren Verweisungen). Stellt man vorliegend auf die Wohnungsfläche ab, beträgt der Kostenanteil für die beklagte Wohnung an den allgemeinen Gebäudeteilen Fr. 158 134.– (Fr. 722 898.– : 576 m² x 126 m²).

...

7. Wertvermehrender Anteil / Kapitalisierungssatz

7.1 Rechtliche Vorbemerkungen

Die Parteien sind sich einig, dass die ausgeführten Renovationsarbeiten nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als umfassende Überholung zu erachten sind. Die Kosten umfassender Überholungen gelten in der Regel zu 50 bis 70 % als wertvermehrende Investition (Art. 14 Abs. 1

VMWG). Diese Aufteilung stellt eine widerlegbare Vermutung dar. Wenn die einzelnen Arbeiten konkret als wertvermehrend oder werterhaltend qualifiziert werden können, gelangt der Pauschalansatz von 50 bis 70 % nicht zur Anwendung. Eine Mietzinserhöhung ist in diesem Fall (nur) nach Massgabe der effektiven Mehrleistungen zulässig (BGE 118 II 415 E. 3a; 4A_495/2010 E. 4.1). Eine Unterschreitung dieses Rahmens setzt voraus, dass der Mieter konkret nachweist, dass der wertvermehrende Anteil weniger als 50 % der Investitionskosten ausmacht. Die entsprechende Beweisführung bedingt aber wiederum, dass die einzelnen Arbeiten konkret als wertvermehrend oder werterhaltend qualifiziert werden können (BGE 4A_495/2010 E. 9.2).

7.2 Bestimmung des wertvermehrenden Anteils

Im Wesentlichen wurden in der Liegenschaft folgende Sanierungsarbeiten durchgeführt: Sanierung Kanalisation, Ersatz der Fenster, Anbau eines zweiten neuen Balkons, Sanierung und Isolierung des Daches, Ersatz der Heizung von Öl auf Gas inkl. Einbau neuer Radiatoren im Schlafzimmer, neue schallschutzhemmende Gipskartondecke, Ersatz von Küche und Nasszellen inkl. Ersatz sämtlicher sanitärer Apparate und Installationen, Ersatz und Neuinstallation der elektrischen und sanitären (Steig)Leitungen inkl. Sanierung Hauptverteilung, neuer Trockenraum, neue Türen inkl. Ersatz von Schliessanlage und Sonnerie.

Die Mieter anerkennen, dass die neuen Balkone, die neuen Fenster mit verbesserter Lärmdämmung und der neue Waschturm wertvermehrend sind. Im Übrigen bestreiten die Mieter, dass die erwähnten Sanierungsarbeiten wertvermehrende Verbesserungen geschaffen hätten. Sie anerkennen daher einen wertvermehrenden Anteil von höchstens 30 %.

Die in Art. 14 VMWG enthaltene Sonderregelung für umfassende Überholungen bezweckt einerseits, den Vermieter durch eine vereinfachte und für ihn vorteilhafte Abrechnungsart zur Sanierung älterer Bauten zu ermuntern oder ihn wenigstens nicht davon abzuhalten. Andererseits soll die insbesondere bei grösseren Umbauarbeiten oft schwierige Unterscheidung zwischen reinen Unterhalts- und wertvermehrenden Arbeiten durch einen Pauschalansatz von 50 bis 70 % erleichtert werden (BGE 118 II 415 E. 3a; 4A_495/2010 E. 4.1). Nach Art. 14 Abs. 1 VMWG gelten die Kosten umfassender Investitionen *in der Regel* zu 50 bis 70 % als wertvermehrende Investitionen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung ist zu folgern, dass von dieser Pauschale abgewichen werden kann. Kann der Mieter (bzw. der Vermieter) im Einzelnen nachweisen, dass der Anteil wertvermehrender Investitionen tiefer (bzw. höher) ist, gelangt der Pauschalansatz nicht zur Anwendung. Eine Mietzinserhöhung ist in diesem Fall nur nach Massgabe der

effektiven Mehrleistungen zulässig (BGE 118 II 415 E. 3a; 4A_495/2010 E. 4.1 und E. 7).

Wie bereits oben dargelegt, behaupten die Mieter, dass lediglich für drei Bauteile (Einbau neuer Balkone, Montage eines neuen Waschturms, Ersatz der Fenster) Wertvermehrungen geschaffen worden seien. Hinsichtlich sämtlicher restlicher Arbeiten nehmen die Mieter offenbar an, handle es sich um werterhaltende Arbeiten. Zudem vertreten sie die Ansicht, der Pauschalansatz komme erst dann zu Anwendung, wenn die Vermieterin nachweisen könne, dass der Anteil der Wertvermehrung nicht konkret bestimmt werden könne. Diese Ansichten sind aus den nachfolgenden Gründen unzutreffend:

Bei der Modernisierung einer Liegenschaft werden eine Vielzahl von Renovationsarbeiten ausgeführt. In der Regel ist es deshalb unmöglich oder nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand möglich, die einzelnen Arbeiten auszuscheiden und für jede einen wertvermehrenden Anteil zu bestimmen. Gerade deswegen und um diesen praktischen Schwierigkeiten zu begegnen hat der Verordnungsgeber bei einer umfassenden Überholung einen Pauschalansatz in der Bandbreite zwischen 50 bis 70 % festgelegt. Liegt eine umfassende Überholung vor, was vorliegend unstrittig ist, ist nach Art. 14 Abs. 1 VMWG sowie der oben angeführten Rechtsprechung der Pauschalansatz anwendbar. Sofern und soweit die Mieter sich auf den Standpunkt stellen, der wertvermehrende Anteil betrage 30 %, liegt es einzig an ihnen – und nicht an der Vermieterin – die Bauabrechnung und die einzelnen Unterlagen zu prüfen und konkret zu behaupten sowie nachzuweisen, welche Arbeit wieviel gekostet hat und welcher wertvermehrende Anteil dieser Arbeit zuzusprechen ist. Dies haben die Mieter indessen unterlassen und sich damit begnügt, der Mehrheit der ausgeführten Arbeiten einen Mehrwert abzusprechen. Es erstaunt zwar nicht, dass die Mieter es bei einer derartigen Bestreitung belassen. Denn eine lückenlose Unterscheidung zwischen reinen Unterhalts- und wertvermehrenden Arbeiten ist bei der vorliegenden umfassenden Renovation, bei welcher beinahe sämtliche in Frage kommenden Gebäudeteile der Liegenschaft saniert wurden, gar nicht möglich (vgl. dazu auch BGE 4A_495/2010 E. 9.2). Eine konkrete Mehrwertbestimmung kommt hingegen nach den Erfahrungen des Mietgerichts vor allem dann in Frage, wenn ein oder einige wenige Bauteile saniert werden. Die Liegenschaft wurde gemäss unwidersprochener klägerischer Sachdarstellung letztmals 1976 umfassend saniert. Werden über zwanzig- oder sogar über dreissigjährige Bauteile und Einrichtungen ersetzt, kann in der Regel nicht mehr vom gleichen Standard gesprochen werden. So ist regelmässig anzunehmen, dass nach dieser Zeit ein technologischer Fortschritt zu verzeich-

nen ist, der zu höherwertigen, leistungsfähigeren, energiesparenderen Einrichtungen führt (BGE 4A_495/2010 E. 6.3). Diese Überlegungen gelten bei der Sanierung der Liegenschaft – um nur die wichtigsten Arbeiten zu nennen – beispielsweise für den Ersatz der Heizung, der Küchen und der Nasszellen, den Ersatz der elektrischen und sanitären Installationen, der Sanierung und Isolierung des Daches und der Decke, der Renovation der Wohnungseingangstüren etc. Ungeachtet der Bestreitungen der Mieter kommen denn auch diesen Einrichtungen zu einem gewissen Anteil wertvermehrender Charakter zu.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der wertvermehrende Anteil der Umbaukosten innerhalb des Pauschalsatzes von 50 bis 70 % festzusetzen ist.

...

[Das Mietgericht entschied sich für einen Wertvermehrungsanteil von 60 %]

(Urteil des Mietgerichts Zürich vom 20. November 2015)

Art. 262, 270 al. 1 CO

6. Congé annulable – sous-location

Lorsque la bailleuse motive le congé par son souhait de recouvrer la libre disposition de l'appartement litigieux afin de le louer à un locataire de son choix, le locataire ne peut se prévaloir du droit à sous-louer l'appartement pour fonder un intérêt prépondérant à celui du bailleur, alors qu'il est établi qu'il n'occupe plus l'appartement depuis des années et qu'il n'est pas démontré qu'il compte le réintégrer.

Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail signé le 9 juillet 1987 portant sur la location d'un appartement de 4 pièces au 4^{ème} étage d'un immeuble sis à G. La bailleuse a acquis l'immeuble en date du 21 décembre 1999.

Depuis une date inconnue, le locataire a sous-loué son appartement. Par courrier du 1^{er} octobre 2007, le locataire a sollicité l'accord de la bailleuse pour cette sous-location. Suite à la réception du dossier du sous-locataire, la bailleuse a informé le locataire qu'elle ne pouvait pas accéder à sa demande de sous-location, cette dernière lui causant un inconvénient majeur. Le 28 novembre 2007, le locataire a relevé que la sous-location pratiquée remplissait toutes les conditions légales ; il a également rappelé ses attaches avec la Suisse et affirmé son intention de revenir s'y établir.

En date du 14 mars 2008, la bailleuse a résilié le contrat du locataire pour le 30 septembre 2008. Dans la procédure en contestation de congé, le locataire a déclaré vouloir réintégrer G d'ici deux ans au maximum. Dans son jugement du 14 septembre 2009, le Tribunal des baux et loyers a déclaré inefficace la résiliation notifiée le 14 mars 2008.

Au mois de mars 2013, le locataire vivait toujours aux Etats-Unis. Compte tenu de la situation, la bailleuse a résilié, le 6 mars 2013, le contrat de bail à loyer pour le 30 septembre 2013, soit pour l'échéance annuelle du contrat. Le congé a été contesté en temps utile par le locataire.

Par jugement du 6 juin 2014, le Tribunal des baux et loyers a déclaré valable le congé donné au locataire le 6 mars 2013 pour le 30 septembre 2013. Le locataire a formé appel de ce jugement en temps utile.

Extrait des considérants

3.1.1 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 (ACJC/1292/2008 du 3 novembre 2008; ATF 4A.322/2007 du 12 novembre 2007, consid. 6; LCHAT, Commentaire romand, n° 6 ad art. 271 CO). La notion de bonne foi ne se confond pas avec les justes motifs des art. 257f ou 266g CO (BARBEY, Commentaire du droit du bail, n^{os} 30–39); il s'agit plutôt d'une référence à un ensemble de valeurs extra juridiques déduites de la sociologie et de la morale, auxquelles le droit ne permet pas qu'il soit dérogé. Pour les appréhender, le juge doit partir des normes généralement admises par la société puis, parmi elles, sélectionner celles qui sont pertinentes à la lumière des règles morales que l'ordre juridique entend consacrer (BARBEY, op. cit., n° 43b).

3.1.2 La sous-location présuppose la cession provisoire de l'usage des locaux (LCHAT, op. cit., p. 565) et le locataire qui sous-loue son appartement, sans aucune intention de le réintégrer, utilise la sous-location dans un but qui lui est étranger, soit la substitution de locataire (ATF 134 III 446). Ce faisant, le locataire ne saurait contester le congé en se prévalant d'un droit de sous-louer exercé en violation des règles de la bonne foi.

3.1.3 Est contraire aux règles de la bonne foi une résiliation qui ne correspond à aucun intérêt digne de protection et apparaît comme une chicane, ainsi qu'un congé qui consacre une attitude déloyale (LCHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne, 2008, p. 733). 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, *op. cit.* n^{os} 290 et 319; *Commentaire USPI*, n^o 26 ad art. 271 CO). S'il est par contre admis que le motif réel de la 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 (ATF 4C.85/2006 du 24 juillet 2006, consid. 2.1.2).

Le congé donné en raison du besoin du bailleur pour lui-même, ses proches ou des tiers, n'est généralement pas contraire à la bonne foi (LCHAT, *op. cit.*, n^o 8 ad art. 271 CO). Le fait qu'un bailleur soit propriétaire de plusieurs immeubles n'implique pas nécessairement que la résiliation d'un contrat de bail pour loger un membre de sa famille soit contraire aux règles de la bonne foi (TERCIER/FAVRE/BUGNON, *Les contrats spéciaux*, 2009, n^o 2710, p. 399).

La jurisprudence reconnaît au bailleur le droit de disposer de son bien de la manière qu'il juge la plus conforme à ses intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 4A_557/2009 du 23 mars 2010, consid. 3; BARBEY, *Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux*, 1991, n^o 36, p. 120).

En particulier, est juridiquement protégé l'intérêt du bailleur à conclure un bail avec un locataire de son choix (ACJC/626/2004 du 26 mai 2004).

3.1.4 Le bien-fondé de la résiliation doit être apprécié au moment où son auteur manifeste sa volonté de mettre un terme au contrat (DB 2006 p. 42; LCHAT, *op. cit.*, n^o 12 ad art. 271 CO).

3.1.5 La partie qui demande l'annulation du congé doit à tout le moins rendre vraisemblable la mauvaise foi de sa partie adverse (ATF 4A.472/2007 du 11 mars 2008, consid. 2.1; ATF 4C.443/2006 du 5 avril 2007, consid. 4.1.2; ATF 120 II 105 consid. 3c), alors que 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 (ATF 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^o 202). Il appartient au locataire qui conteste

un congé estimé abusif de prouver l'abus à satisfaction de droit. Faute de preuve, le congé est valable (Commentaire USPI, n° 10 ad art. 271 CO).

3.2 Dans le cas présent, l'intimée a motivé le congé par son souhait de recouvrer la libre disposition de l'appartement litigieux afin de le louer à un locataire de son choix.

L'appelant ne peut se prévaloir du droit à sous-louer l'appartement, pour fonder un intérêt prépondérant à celui du bailleur et s'opposer au congé, alors qu'il est établi qu'il n'occupe plus l'appartement depuis des années et qu'il n'est pas démontré qu'il compte le réintégrer.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, le motif du congé, donné par l'intimée n'a pas varié et aucun élément du dossier ne permet de mettre en doute sa réalité.

L'appelant n'a ainsi pas rapporté la preuve que le congé donné par l'intimée était contraire aux règles de la bonne foi.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 2 mars 2015)

Art. 271, 271a OR

7. Kündigung durch einen gewillkürten Stellvertreter

Das nachfolgend zitierte Urteil setzt sich mit der Frage auseinander, ob eine durch eine gewillkürte Stellvertretung unterzeichnete Kündigung rechtliche Wirkungen entfaltet. Zudem werden die Anfechtbarkeit einer Kündigung im Falle eines allfälligen Verstosses gegen Treu und Glauben im Sinne der Artikel 271 und 271a OR thematisiert und die Voraussetzungen, die zu einer Erstreckung eines geschäftlichen Mietverhältnisses führen können, aufgeführt.

Sachverhalt

Die Mieterin (Klägerin) hatte die Geschäftsräumlichkeiten mindestens seit Juli 1986 gemietet.

Mit Schreiben vom 24. Juni 2013 kündigten die Vermieter (Beklagten), eine Erbengemeinschaft, das Mietverhältnis auf den nächsten ordentlichen Termin am 30. Juni 2016. Das hierfür verwendete amtliche Formular war von Seiten der Vermieter jedoch nur von einem Mitglied der Erbengemeinschaft unterzeichnet worden.

Am 23. Juli 2013 gelangte die Mieterin an die Schlichtungskommission für Mietverhältnisse. Sie machte einerseits geltend, dass auf der Kündigung die Unterschrift aller Vermieter fehle und die Kündigung gegen Treu und Glauben verstosse. Subsidiär wurde um Erstreckung des Mietverhältnisses um sechs Jahre ersucht. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom

26. August 2013 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden.

Mit Eingabe vom 24. September 2013 gelangte die Klägerin ans Mietgericht. An der Sitzung vom 6. Februar 2014 wurden Vergleichsverhandlungen geführt, worauf das Verfahren auf gemeinsamen Antrag der Parteien bis zum 30. April 2014 sistiert wurde. Die Sistierung wurde in der Folge verlängert, bis die Vermieter am 13. Oktober 2014 mitteilten, zwischen den Parteien habe keine Einigung erzielt werden können und das Verfahren sei wieder aufzunehmen.

An der Sitzung vom 3. Februar 2015 wurde die Sache vor dem Mietgericht vorgetragen. Hierbei liess die Mieterin davon ab, die Ungültigkeit der Kündigung wegen fehlender Unterschrift aller Vermieter weiter vorzubringen. Das Gericht hielt am 28. April 2015 die Beratung ab und fällte den vorliegenden Entscheid:

Aus den Erwägungen

4.2 Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), so dass zu prüfen ist, ob die Kündigung gültig unterschrieben ist.

Wer ein Mietverhältnis durch Kündigung beenden will, muss dazu berechtigt sein.

So muss unter anderem der Kündigende (oder der, für den durch einen Stellvertreter gekündigt wird) (handlungsfähige) Partei dieses Mietverhältnisses sein. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, bleibt die Kündigung wirkungslos (vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, Zürich 1995, N 52, 54 Vorbem. zu Art. 266–266o OR).

Die Kündigung durch einen gewillkürten Stellvertreter ist wie jede Handlung bzw. Erklärung, die ein Stellvertreter für den Vertretenen ausübt bzw. abgibt, dem Vertretenen anzurechnen und zeitigt grundsätzlich die gleichen Wirkungen, die eintreten würden, wenn der Vertretene die Kündigung selbst abgegeben hätte. Da Kündigungen klare Verhältnisse voraussetzen und schaffen sollen, ist bei der gewillkürten Stellvertretung immerhin zu verlangen, dass für die gekündigte Partei – nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips – aus der Kündigung bzw. aus weiteren Umständen dazu (Art. 32 Abs. 2 OR, wie z.B. Vertragsurkunde, vom Vermieter versandte Zirkulare oder Formulare) im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung klar ersichtlich ist (und somit sein muss), dass der Kündigende als ermächtigter Vertreter des Vertragspartners handelt. Denn die Kündigung eines dazu

nicht ermächtigten Stellvertreters ist eine bedingt (unter Vorbehalt der Genehmigung) ausgesprochene Kündigung. Geht weder aus der Kündigung selbst noch aus den weiteren Umständen zur Kündigung – im Lichte des Vertrauensprinzips – für den Gekündigten eine Stellvertretung erkennbar hervor, so darf der Gekündigte die Kündigung als solche eines Nichtberechtigten (Nichtvertragspartners) auffassen, was der Vertretene (im Falle der Ermächtigung des Vertreters) hinwieder gegen sich gelten lassen muss. Da die Kündigung eines Nichtberechtigten ex tunc wirkungslos bleibt, hat dieselbe Wirkungslosigkeit bei Kündigungen einzutreten, die nicht erkennbar von einem ermächtigten Stellvertreter des Mietvertragspartners ausgesprochen wurden. Ermächtigungslos ausgesprochene Kündigungen des Stellvertreters sind als unzulässige bedingte Kündigungen ex tunc wirkungslos. Das schliesst eine nachträgliche Genehmigung der Kündigung des nichtermächtigten Stellvertreters durch den Vertretenen von vorherein aus; ein Nichts kann nicht durch eine Genehmigung etwas werden (siehe HIGI, a.a.O., N 69 ff. Vorbemerkungen zu Art. 266–266o OR).

Vorliegend war für die gekündigte Klägerin nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips klar, dass die Unterzeichnende von der Erbengemeinschaft ermächtigt war. So schrieb die Klägerin am 19. Dezember 2012 an die Adresse von Frau P.R., sprach aber offensichtlich auch die übrigen Erben an: „Sehr geehrte Damen und Herren“. Das Kündigungsbegleitschreiben vom 24. Juni 2013 wurde zwar – gleich wie das Kündigungsformular – nur von P.R. unterzeichnet. Aus dem Briefkopf ist jedoch ersichtlich, dass P.R. und die Erbengemeinschaft R. Absender des Briefes sind. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin aus den Umständen schliessen (und hat dies auch getan), dass P.R. die Kündigung nicht nur für sich selber, sondern auch für die Erbengemeinschaft aussprach und dass sie zu deren Vertretung befugt war (vgl. Art. 32 Abs. 2 OR). Eine entsprechende, vom 21. Juni 2013 datierte Vollmacht liegt im Übrigen in den Akten.

4.3.1 Die Anfechtbarkeit einer Kündigung wegen Verstosses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ist in den Art. 271 und 271a OR geregelt. Die erste Bestimmung enthält den allgemeinen Grundsatz, wonach eine Kündigung, die gegen Treu und Glauben verstösst, anfechtbar ist. Die zweite Bestimmung umschreibt die Tatbestände, bei deren Erfüllung die Vermieterkündigung anfechtbar ist. Nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Art. 271a OR stellt eine *lex specialis* zum Grundtatbestand der Anfechtung treuwidriger Kündigung dar. Ist keiner der in Art. 271a OR aufgezählten besonderen Tatbestände missbräuchlicher Kündigung erfüllt, kann die Kündigung nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 271 OR anfechtbar sein. Unter Art. 271 OR fällt jede Kündigung,

die sich auf keinerlei schutzwürdiges Interesse stützt, die aus reiner Schikane erfolgt, ein unlauteres, illoyales Verhalten darstellt, die zu einem offenkundigen Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen führt oder deren Begründung offensichtlich ein Vorwand ist. Die Besonderheit gegenüber Art. 2 ZGB liegt darin, dass Art. 271 OR keinen offensichtlichen Rechtsmissbrauch verlangt, damit eine Kündigung angefochten werden kann. In Anlehnung an die Materialien, den vor Art. 271a OR ausdrücklich erfassten Fällen und den im Zusammenhang mit Art. 2 ZGB entwickelten Grundsätzen können die anfechtbaren Kündigungen in verschiedene Kategorien eingeteilt werden. Trotzdem erfordert Art. 271 Abs. 1 OR eine fallbezogene Prüfung; massgeblich sind jeweils die Vorgeschichte des Falls, seine Besonderheiten und natürlich die angeführten Gründe für die Kündigung:

- Kündigungen, welche ohne schutzwürdiges Interesse ausgesprochen werden oder gegen das Gebot der schonungsvollen Rechtsausübung verstossen;
- Kündigungen, welche als illoyales, widersprüchliches Verhalten erscheinen;
- Kündigungen, welche ein krasses Missverhältnis der Interessen begründen;
- zweckwidrige Ausübung des Kündigungsrechts (vgl. LACHAT et al., Mietrecht für die Praxis, 8.A. 2009, Kap. 29/4.5, S. 606 ff. mit Beispielen).

...

4.3.3 Gemäss Klägerin liegt der Verstoss gegen Treu und Glauben darin, dass die Beklagten mit der Kündigung bezweckten, von ihr einen höheren Mietzins zu bekommen. Indessen ist der Klägerin der Nachweis nicht gelungen, dass die Beklagten die Kündigung aus diesem Grund ausgesprochen haben. Die Beklagten haben in der Kündigung keine Begründung angegeben. Die Klägerin scheint, abgesehen vom erwähnten Gespräch, von den Beklagten keine und namentlich keine schriftliche Begründung der Kündigung verlangt zu haben. Auch in der Notiz der Klägerin findet sich diesbezüglich nichts. Von Seiten der Beklagten liegt somit keine Verweigerung der Begründung vor, die ein Indiz für eine missbräuchliche Kündigung sein könnte (siehe LACHAT, a.a.O., Kap. 29/3.4., S. 602). Die Beklagte sagte an der Sitzung von 3. Februar 2015 aus, gegenüber der Klägerin sei besprochen worden, die Klägerin könne einen Vorschlag machen, um die ganze Liegenschaft zu kaufen, und die Beklagten hätten sich einen Verkauf überlegt, wenn das Angebot gut gewesen wäre. Der Vermerk auf der Notiz der Klägerin vom 11. Juli 2013: „Neuer Vertrag folgt. Vorschlag unsererseits!“ deutet zwar darauf hin, dass von einem Angebot für einen Mietzins die Rede gewesen sein könnte, vermag aber für sich allein den

Beweis dafür nicht zu erbringen. Immerhin war die Miete auf den 1. März 2012 erhöht worden, so dass die Beklagten nicht ernsthaft vorbringen konnten, die Miete sei seit langem nicht erhöht worden, wie die Klägerin behauptet. Die Vorbringen der Beklagten, es gehe ihnen um die Nachfolgeregelung, wofür der Mietvertrag für die Apotheke eine Belastung darstelle, ist plausibel. Daran ändert nichts, dass noch keine konkreten Absichten bestehen. Dies kann gerade auch am Bestand dieses Vertrages liegen und an der Ungewissheit, wie lange er noch dauern wird. Es ist nachvollziehbar, dass die Beklagten die Auflösung der Erbengemeinschaft anstreben und in diesem Zusammenhang auch die Änderung der Nutzung der Liegenschaft in Betracht ziehen. Ebenso ist es offensichtlich, dass es schwieriger ist, eine Lösung zu finden, wenn die Liegenschaft mit einem langjährigen Mietvertrag belastet ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass sich in der Liegenschaft neben der Apotheke ein Restaurant sowie eine Wohnung befinden, die von Mitgliedern der Erbengemeinschaft genutzt werden. Die Klägerin ist die einzige Nutzerin der Liegenschaft, die nicht zur Erbengemeinschaft gehört. Die Situation der Beklagten ist also mit jener, welche in BGE 140 III 496 (Pra 2015, S. 102) geschildert wird, nicht vergleichbar. In diesem Entscheid ging es um mögliche Renovationen an zwei Wohnblöcken mit zehn resp. fünfzehn Wohnungen, welche die Vermieter nicht selber bewohnten.

Von der Notiz der Klägerin abgesehen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass es den Beklagten bei der Kündigung darum gegangen ist, in Zukunft von der Klägerin einen höheren Mietzins zu erhalten, oder dass die Kündigung aus anderen Gründen treuwidrig sein könnte, und die Klägerin hat entsprechende Tatsachen auch nicht behauptet. Die Kündigung war somit nicht rechtsmissbräuchlich und demnach gültig. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

...

5.2 Löst die Kündigung des Vermieters eine Härte aus, kann der Mieter eine Erstreckung des Mietverhältnisses erwirken. Das gilt auch, wenn die Härte durch Ablauf der befristeten Vertragsdauer ausgelöst wird. Voraussetzung ist allerdings, dass diese Härte durch die Vermieterinteressen nicht zu rechtfertigen ist. Die Erstreckung soll die nachteiligen Folgen der Kündigung oder des Vertragsablaufs mildern und dem Mieter für die Suche nach einer Ersatzlösung mehr Zeit geben (LACHAT et al., a.a.O., Kap. 30/1.1, S. 636).

Entsprechend dem Zweck der Erstreckung können für den Mieter nur Umstände eine Härte begründen, welche die Suche nach einem geeigneten Er-

satzobjekt in der zur Verfügung stehenden Zeit erschweren oder verunmöglichen. Ob derartige Umstände einen Anspruch auf Erstreckung begründen, bemisst sich in Abwägung mit den Vermieterinteressen (LACHAT et al., a.a.O., Kap. 30/5.1, S. 641). Bei Geschäftsmieten liegt die Härte grundsätzlich in der Gefährdung des Unternehmens oder darin, dass der Umzug in der ordentlichen Kündigungsfrist nicht möglich ist, weil zeitraubende Anpassungsarbeiten im neuen Mietobjekt nötig werden, für die unter Umständen gar behördliche Bewilligungen vorliegen müssen (LACHAT et al.; a.a.O.; Kap. 30/5.2, S. 641).

Bei der Geschäftsraummiete kann von einer sozialen Notlage nach der Praxis nur gesprochen werden, wenn die Existenz des ganzen Unternehmens in Frage gestellt ist. Ist von der Kündigung nur eine Filiale betroffen, kann es an dieser Voraussetzung bereits fehlen. Eine erhebliche Härte besteht andererseits etwa, wenn die Fortführung des Betriebes an einem anderen Ort einer behördlichen Bewilligung bedarf und der Mieter zudem Bedarf nach besonders ausgestalteten Räumen hat (vgl. BGE 128 III 83 = 4C.240/2001 vom 26.11.2001), denn hier ist die Ersatzbeschaffung schwierig und beansprucht naturgemäss viel Zeit (WEBER, Basler Kommentar, 2011, 5A., N 3a zu Art. 272 OR). Massgeblich sind stets die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erstreckungsentscheides, denn anders als bei der Überprüfung der Kündigung selber hat die Erstreckung die Milderung der Kündigungswirkungen und damit letztlich eine Zukunftsprognose zum Gegenstand (WEBER, a.a.O., N 3c zu Art. 272 OR). Keine Berücksichtigung findet die Härte für einen Dritten. Dies erweist sich bisweilen als stossend. Das Bundesgericht berücksichtigt daher in neuerer Zeit für die Beurteilung der Härte auch die Gefährdung von Arbeitsplätzen (BGer 23.12.2004, 4C.343/2004, E. 4 = mp 2005, S. 100 ff.; BGer 13.03.2010, 4A. 62/2010, E.6.1.1).

Die Erstreckungsdauer kann reduziert oder die Erstreckung gar verweigert werden, wenn die Mieterin keine genügenden ernsthaften Suchbemühungen nachweisen kann, um auf den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses einen anderen Geschäftsraum zu finden (Urteil 4C.365/2006 vom 16. Januar 2007, E. 4.1 und Urteil 4C.155/2003 vom 3. November 2003, E. 4.1). Nach geltender Praxis wird vorausgesetzt, dass der Mieter sich sofort nach Erhalt einer Kündigung ernsthaft um andere Räume zu bemühen hat, wobei im Erstreckungsverfahren weniger hohe Anforderungen an die Suchbemühungen gestellt werden als im Zweiterstreckungsverfahren. Die Ernsthaftigkeit betriebener Suchbemühungen bestimmt sich grundsätzlich nach objektiven Kriterien. Als elementare Voraussetzung dafür, dass man von ernsthaften Suchbemühungen sprechen kann, ist zu fordern, dass mindestens die Inserate in den Tageszeitungen und die Angebote im

Internet beobachtet werden und dass sich ein Mieter auf geeignete Objekte auch meldet. Der allgemeine Hinweis, man rechne sich bezüglich konkret zur Vermietung angebotener Objekte von vorherein keine Chancen aus, weshalb entsprechende konkrete Aktivitäten unterblieben seien, vermöchte eine Härte zufolge der Verhältnisse auf dem Wohnungsmarkt in keinem Fall zu begründen. Beweispflichtig für die unternommenen Suchbemühungen ist im Übrigen der Mieter (SVIT-Kommentar, 3. A., Zürich 2008, N 34 zu Art. 272 OR). Da bei der Beurteilung der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräumlichkeiten eine dem „Leerwohnungsbestand“ entsprechende Statistik nicht existiert und daher schlechterdings nicht zu erkennen ist, gestützt auf welche Grundlagen ein Mitglied einer Schlichtungsbehörde oder eines Mietgerichts in der Lage sein soll, Vorstellungen über die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt zu besitzen, können daher die entsprechenden Verhältnisse nur gestützt auf die vom Mieter konkret nachgewiesenen Suchbemühungen und deren Resultat beurteilt werden können (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 41 zu Art. 272 OR). Mieterseits erbrachte Investitionen stellen keinen Härtegrund dar (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 43 zu Art. 272 OR).

Handelt es sich um einen Geschäftsbetrieb, der vorab auf eine grössere Stammkundschaft zählt, dürften in der Regel auch weiträumigere Standortverlegungen zuzumuten sein (SVIT-Kommentar, 3. A., Zürich 2008, N 44 zu Art. 272 OR).

Das Vermieterinteresse ergibt sich aus dem Grund, den der Vermieter für seine Kündigung angibt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind die persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der „Parteien“, also auch des Vermieters, zu berücksichtigen (Art. 272 Abs. 2 lit. c OR). Dabei spielen auf Seiten des Vermieters ebenfalls Alter, Gesundheitszustand, finanzielle Verhältnisse eine Rolle oder die Tatsache, dass er noch über andere Wohnungen verfügt. Die familiäre Situation kann ebenfalls von Belang sein. Wichtig werden all diese Faktoren insbesondere, wenn der Vermieter Eigenbedarf geltend macht. Allgemein fallen die persönlichen Verhältnisse eines privaten Vermieters mit ein oder zwei Liegenschaften schwerer ins Gewicht als die Verhältnisse eines professionellen Vermieters (LACHAT et al., a.a.O., Kap. 30/7.1 f., S. 649).

...

5.4 Aufgrund der Aussagen der Klägerin steht für das Gericht fest, dass die Klägerin keine ernsthaften Suchbemühungen unternommen hat. Belege, die auf Suchbemühungen hinweisen würden, liegen keine vor und der Nachweis, dass keine geeignete Liegenschaft zur Verfügung steht, obliegt nicht

dem Gericht, sondern der Klägerin. Die Klägerin gibt zwar an, sie habe etwa drei Apotheken weiter „im Tal hinten“ aufgesucht, um abzuklären, ob Verkaufsinteresse bestehe; aufgrund der Bevölkerungsdichte mache es keinen Sinn, weiter hinten im Tal eine weitere Apotheke zu eröffnen. Die Klägerin hat also allenfalls Kaufbemühungen und nicht Mietbemühungen unternommen.

...

Auch der Umstand, dass es sich bei der Apotheke in G. um eine Filiale handelt, spricht gegen eine Erstreckung.

...

Unter diesen Umständen wird das Unternehmen der Klägerin als Ganzes durch die Kündigung nicht gefährdet und es besteht auch kein erhebliches öffentliches Interesse, dass die Gemeinde G. Standort einer Apotheke bleibt. Das Interesse der Beklagten an einer Kündigung ist wie dargelegt nachvollziehbar. Bei den Beklagten handelt es sich um eine Erbengemeinschaft, bestehend aus der überlebenden Ehegattin und vier Nachkommen, welche für diese Liegenschaft eine Lösung für die Zukunft sucht. Es ist offensichtlich, dass es einfacher ist, für die Liegenschaft eine Lösung zu finden, wenn das fragliche Geschäftslokal nicht längerfristig vermietet bleibt.

Demnach kommt das Gericht zum Schluss, dass die Beendigung des Mietverhältnisses für die Klägerin keine Härte zur Folge hat, die durch die Interessen der Beklagten nicht zu rechtfertigen wäre. Die Voraussetzungen für eine Erstreckung des Mietverhältnisses sind daher nicht gegeben. Die Klage ist folglich auch in diesem Punkt abzuweisen.

(Entscheid des Mietgerichts des Sense- und Seebezirks vom 28. April 2015)

Art. 18 OBFL

8. Adaptation partielle du loyer – réserve de hausse

En se prévalant du maintien de la situation antérieure des charges, le bailleur renonce provisoirement à appliquer un critère pour pouvoir s'en prévaloir ultérieurement, lorsque l'évolution des charges lui sera plus favorable. Cette méthode équivaut donc à une adaptation partielle du loyer au sens de l'article 18 OBLF, qui n'est possible qu'à la condition d'être chiffrée.

Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer du 21 mars 2011 portant sur la location d'un appartement de 4,5 pièces sis à Vevey.

Le loyer initial a été fixé à fr. 2'400.–, auquel s'ajoute un forfait pour le chauffage et les frais accessoires de fr. 200.– ; les critères de ce loyer sont un TIH à 2.75 % et l'IPC de février 2011 à 109.7 (base 2000). Le bail mentionne en outre qu'une réserve locative de fr. 300.– a été créée le 3 juillet 2009, cette réserve étant « due à une baisse accordée à la précédente locataire par rapport au locataire antérieur ».

Par courrier du 17 décembre 2013, les locataires ont demandé au bailleur une baisse de loyer liée à la baisse du taux hypothécaire pour la prochaine échéance du bail. Le bailleur a répondu le 23 janvier 2014 qu'il n'entrait pas en matière sur cette demande, dans la mesure où il pouvait opposer en

compensation « notamment la répercussion du coût des importants travaux » effectués en 2013 dans l'immeuble, et annonçait qu'une hausse de loyer leur serait envoyée dans le courant de l'année 2014. Les locataires ont saisi la Commission de conciliation le 12 février 2014, visant la confirmation de leur demande de baisse de loyer.

Le 1^{er} avril 2014, le bailleur a adressé aux locataires un formulaire de notification de hausse de loyer, selon lequel le nouveau loyer net est fixé à fr. 2'450.– à compter du 1^{er} avril 2015 et qui renvoie pour le surplus à une feuille de calcul annexée. Celle-ci mentionne que, compte tenu de la réserve existante de fr. 300.–, des variations du TIH (– 8.26 %, soit – fr. 198.24) et de l'IPC (– 0.34 %, soit – fr. 8.16) ainsi que des travaux de 2013 (+ fr. 179.19), le loyer devrait être fixé à fr. 2'673.19, de sorte qu'une réserve au sens de l'art. 18 OBLF était constituée, et que les charges courantes de l'immeuble restaient égalisées à fin 2010. Les locataires ont saisi la Commission de conciliation 2014 afin de contester notamment la hausse de loyer.

Par jugement du 1^{er} juin 2015, le Tribunal des baux du Canton de Vaud a fixé le loyer mensuel dû par les locataires à fr. 2'221.45 (TIH : 2 % – IPC : 108.7 points ; novembre 2013; base 2000 – charges courantes et d'exploitation arrêtées au 31 décembre 2012).

Extrait des considérants

II. Le bailleur entend donc, notamment, maintenir le critère des charges courantes et d'entretien de l'immeuble à son précédent niveau à l'égard des locataires, ainsi que faire usage d'une réserve de hausse d'un montant de 300 fr., constituée lors de la conclusion du bail qui le lie avec les locataires.

a) Aux termes de l'article 18 OBLF, lorsque le bailleur n'adapte que partiellement le loyer, il doit indiquer, en francs ou en pourcent du loyer, le montant de la majoration auquel il renonce. La méthode relative interdisant en principe au bailleur de faire valoir des motifs de hausse intervenus avant la dernière fixation du loyer en vertu de la théorie de la confiance, les réserves de hausse selon l'article 18 OBLF obéissent à des exigences sévères de forme. Elles doivent ainsi être exprimées clairement, de manière à ce que le locataire comprenne qu'ultérieurement le bailleur pourra se prévaloir des motifs réservés, la seule indication que le loyer pourrait être majoré davantage ou des formules telles que « adaptation partielle du loyer » ou « hausse insuffisante » ne répondant pas à cette exigence. Elles doivent en

outre être motivées de manière précise, c'est-à-dire indiquer les critères de fixation du loyer, et être chiffrées, en francs ou en pourcent (LACHAT, op. cit. pp. 532 s. et les références citées). Le bailleur doit donc indiquer exactement quels facteurs de hausse il entend réserver et, cas échéant, dans quelle mesure il renonce à utiliser pleinement l'un des facteurs invoqués (ATF 117 II 161, consid. 3 ; JT 1992 I 205).

L'examen de la validité d'une réserve de hausse, soit de son admissibilité quant au principe et quant à la quotité, ne se justifie qu'au moment où le bailleur manifeste l'intention de s'en prévaloir, en particulier à l'occasion d'une prochaine hausse de loyer (ATF 116 II 594, consid. 3b). Une réserve peut être activée par le bailleur à titre défensif contre une demande de baisse de loyer émanant du locataire (HIGI, Commentaire zurichois, 4e éd., Zurich 1998, n. 109 ad art. 269d CO).

b) En l'espèce, en se prévalant du maintien de la situation antérieure des charges, le bailleur renonce provisoirement à appliquer un critère pour pouvoir s'en prévaloir ultérieurement, lorsque l'évolution des charges lui sera plus favorable. Cette méthode équivaut donc à une adaptation partielle du loyer au sens de l'article 18 OBLF, qui n'est possible qu'à la condition d'être chiffrée. Le bailleur n'a toutefois aucunement chiffré le montant ou le pourcentage de hausse auquel il renonce provisoirement de la sorte. Néanmoins, dans la mesure où il est appelé à fixer le loyer, le tribunal ne saurait admettre de créer une réserve nulle, de sorte qu'il y a lieu de considérer que les loyers que le tribunal sera amené à fixer le seront sur la base du dernier état des charges connu au 23 décembre 2013, moment déterminant pour examiner l'adaptation du loyer, soit celui du 31 décembre 2012. Il convient d'ailleurs de relever que, contrairement à ce que soutient le bailleur, il s'agissait déjà de l'état des charges pris en compte lors de la dernière fixation de loyer des locataires. Ceux-ci pouvaient effectivement de bonne foi se fonder sur la notification qui leur avait été faite le 13 mars 2013 par le conseil du défendeur et qui mentionne l'état des charges au 31 décembre 2012, quand bien même la feuille de calcul qui y était annexée indiquait un état des charges arrêté au 31 décembre 2002.

Par ailleurs, la réserve de 300 fr. dont se prévaut le défendeur à l'égard des locataires a été créée lors de la conclusion du bail et figure tant dans les dispositions complémentaires du contrat que dans la formule officielle de notification de loyer établie à ce moment-là. Toutefois, la formulation de cette réserve de hausse ne répond manifestement pas aux exigences posées par la loi et la jurisprudence. Le bailleur s'est en effet contenté d'évoquer l'existence d'une réserve de hausse liée à une baisse de loyer accordée à la locataire précédente, mais n'a en rien explicité le fondement de cette baisse

de loyer, soit le calcul qui y a conduit, élément que le défendeur n'a du reste pas non plus précisé durant la présente procédure. Dès lors, faute pour les locataires de pouvoir déterminer sur quel critère cette réserve a été créée, celle-ci est nulle. Le défendeur ne peut par conséquent pas opposer cet élément en compensation de la baisse de loyer demandée par les locataires, ni pour justifier une hausse de loyer.

(Jugement du Tribunal des baux du Canton de Vaud du 1^{er} juin 2015)

Art. 253, 275, 279, 284 OR

9. Rechtsnatur und Folgen eines Vertragsverhältnisses über ein Café/Dancing

In diesem Entscheid werden die Kriterien für das Vorliegen eines Mietverhältnisses und diejenigen für die Pacht erörtert. Der konkrete Vertrag betreffend ein Café/Dancing wird als Pachtverhältnis qualifiziert. Weitere Erwägungen beziehen sich auf die Unterhaltspflichten der beteiligten Parteien.

Sachverhalt

Die Klägerin / Verpächterin reichte am 15. März 2013 eine Klage ein. Eines der Rechtsbegehren lautete auf die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 118 815.05 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 73 292.85 ab dem 15. März 2011 und auf Fr. 45 522.20 ab dem 2. November 2012. Entsprechend der Begründung der Klägerin haben die Parteien am 18. März 1993 mit Wirkung ab dem 1. Mai 1993 einen Mietvertrag betreffend Café/Dancing X abgeschlossen. Die Vereinbarung hätte einen jährlichen Grundzins von Fr. 96 000.– als Mindestmietzins, in monatlichen Raten von Fr. 8 000.– zu bezahlen, enthalten. Überdies sei ein umsatzabhängiger Mietzins bestimmt worden. Zur Verpflichtung der Beklagten hätten auch die Bezahlung eines monatlichen Nebenkostenvorschusses von Fr. 400.– und eines Vorschusses für ihren Anteil an der Sachversicherung von Fr. 254.– gehört.

Die Klägerin machte in der Begründung offene Mietzins-, Nebenkosten- und Schadenersatzforderungen aus den Mietverhältnissen geltend.

Die Beklagte / Pächterin reichte innerhalb der erstreckten Frist eine Klageantwort und Widerklage ein. Sie stellte unter anderem das Rechtsbegehren, dass die Klägerin widerklageweise zu verpflichten sei, der Beklagten den Betrag von Fr. 100 000.– nebst Zins zu 5 % zu bezahlen. In der Begründung argumentierte sie mit der Schliessung des Café/Dancing X ab 20. Oktober bis 5. Dezember 2008 bzw. vom 1. November 2009 bis 4. Dezember 2009. Umfangreiche Renovationsarbeiten durch die Klägerin hätten während dieser Zeiträume eine Aufrechterhaltung des Betriebs unmöglich gemacht. Entsprechend seien der Mietzins und die Nebenkosten zu reduzieren. In der Widerklage argumentierte die Beklagte mit der Tragung der Kosten für Reparaturen, Ersatzinvestitionen und Erneuerungen. Sie hätte Aufwendungen von insgesamt Fr. 189 634.25 für Instandstellung und Unterhalt der Infrastruktur sowie des Betriebs getätigt.

Aus den Erwägungen

5.1 Abgrenzung Miete und Pacht

Beim Pachtvertrag überlässt der Verpächter dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge (Art. 275 Abs. 1 OR). Dem Mieter steht dagegen nur der Gebrauch der ihm überlassenen Sache zu (Art. 253 OR), und zwar ohne Rücksicht auf deren Nutzbarkeit. Vertragsverhältnisse, welche die Überlassung von Räumlichkeiten zu geschäftlichen Zwecken gegen Entgelt betreffen, stehen vielfach auf der Grenze zwischen Miete und Pacht. Dass der Unternehmer mit und in diesen Räumen zu Erträgen gelangen will, führt indes solange nicht zur Annahme eines Pachtverhältnisses, als diese Erträge vor allem auf seine Tätigkeit und nicht auf den blossen Gebrauch der Sache zurückzuführen sind. Büroräume, Ladenlokale, Werkstätten und dergleichen sind deshalb in aller Regel nur Gegenstand von Mietverträgen, und zwar selbst dann, wenn auch die Einrichtungen der fraglichen Räume mitvermietet werden. Wird hingegen mit Räumen das darin betriebene Geschäft samt Geschäftsbeziehungen überlassen, so handelt es sich um eine Pacht, da sich in diesem Fall der Vertrag auf eine Gesamtheit nutzbarer Rechte bezieht (vgl. BGE 103 II 247, E. 2b).

Ein Pachtvertrag liegt dann vor, wenn der Verpächter dem Pächter die Nutzung und Bewirtschaftung einer vollständig ausgestatteten Unternehmung,

das heisst eines Produktionsmittels, überträgt. Hingegen ist von Miete auszugehen, wenn nur die Nutzung der Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wird und es am Vertragspartner ist, diese so einzurichten und auszustatten, dass daraus eine ertragbringende Unternehmung entsteht. Wird ein öffentlich zugängliches und vollständig eingerichtetes Lokals zur selbstständigen Betriebsführung überlassen, stellt dies einen Pachtvertrag dar. Die Qualifikation des Vertrags muss sich jedoch nach dem Inhalt des Vertrags richten, welchen die Parteien vereinbart haben, und nicht nach den Ausdrücken oder Bezeichnungen, welche die Parteien verwendet haben. Es kann deshalb nicht automatisch von Pacht ausgegangen werden, nur weil die Parteien im Vertrag das Wort "Betriebsführung" verwendet haben. So wurde beispielsweise die Übernahme einer Sektbar, welche von den Mietern in ein spanisches Restaurant umgewandelt wurde, als Mietvertrag und nicht als Pachtvertrag qualifiziert. Dies mit der Begründung, dass mit dem Vertrag nicht der Kundenstamm der Sektbar übernommen wurde, sondern vielmehr der Kundenstamm des Restaurants, welches die Mieter bereits zuvor betrieben hatten. Die Mieter hatten sich deshalb ihr eigenes Unternehmen geschaffen und nicht einfach eine bereits vollständig ausgestattete Unternehmung mit bestehendem Kundenstamm – ein bestehendes Produktionsmittel – übernommen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4C.43/2000 vom 21. Mai 2001 [französisch], E. 2b). Der von ihnen erzielte Ertrag war primär Folge ihrer eigenen unternehmerischen Tätigkeit.

Als Mietvertrag hat das Bundesgericht einen Vertrag qualifiziert, in welchem ein Erdgeschoss und ein Keller zur Benützung als Restaurations-, Dancing- und Nachtcafébetrieb vermietet worden waren. Das Inventar wurde nicht mitvermietet, sondern ging ins Eigentum des Mieters über. Dass sich der Mieter zu einer "seriösen Geschäftsführung" verpflichtet hatte, reichte für das Bundesgericht nicht aus, um einen Pachtvertrag zu bejahen. Es führte aus, der Wert gewerblicher Mietobjekte mit besonderer Zweckbestimmung werde durch einen Betriebsunterbruch oder durch schlechte Betriebsführung beeinträchtigt, weshalb eine eigentliche Bewirtschaftungspflicht des Mieters als Ausfluss der Sorgfaltspflicht nach Art. 261 Abs. 1 OR schon nach Treu und Glauben zu bejahen sei. Der Umstand allein, dass der Vermieter von Geschäftsräumen ein wirtschaftliches Interesse daran habe, ob und wie darin Betrieb geführt werde, spreche somit nicht für Pacht. Auch aus dem Umstand, dass der vereinbarte Mietzins vom Geschäftserfolg abhängig sei, könne man nicht zwingend auf Pacht schliessen. Im betreffenden Fall seien dem Mieter die blossen Räume überlassen worden, ohne dass dem Vermieter die Möglichkeit offen gestanden habe, nach der Auflösung des Vertrags den Betrieb mit dem gleichen Mobiliar weiterzuführen. Dies deute auf ein Mietverhältnis hin. Davon, dass dem

Mieter ein bestehender Wirtschaftsbetrieb samt seinen Geschäftsbeziehungen überlassen worden sei, könne keine Rede sein. Vielmehr habe der Vermieter dem Mieter nur Räume für die Einrichtung eines Wirtschaftsbetriebs überlassen (vgl. BGE 103 II 247, E. 2c und 2d).

In einem weiteren vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall hatten die Parteien vereinbart, dass der Verpächter seinem Vertragspartner gegen Bezahlung eines monatlichen Entgelts die Bewirtschaftung eines vollständig eingerichteten Café/Restaurants überlässt. Dazu hielt das Bundesgericht fest, Pacht liege namentlich dann vor, wenn die Bewirtschaftung eines vollständig eingerichteten Betriebs, d.h. eines Produktionsmittels, überlassen werde. Demgegenüber liege Miete vor, wenn Räumlichkeiten zum Gebrauch überlassen würden, die der Vertragspartner für den Betrieb eines Gewerbes zweckmässig einzurichten habe. Werde ein öffentlich zugängliches und vollständig eingerichtetes Lokal zur selbstständigen Betriebsführung überlassen, handle es sich um Pacht. Unter Berücksichtigung der im betreffenden Fall vereinbarten Leistungen stehe zweifelsfrei fest, dass es sich um einen Pachtvertrag handle (vgl. BGE 128 III 419, E. 2.1 = Pra 92 [2003] Nr. 7).

Zusammengefasst liegt dann Miete vor, wenn im Rahmen der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in den überlassenen Lokalitäten der vom Benutzer erzielte Ertrag primär Folge seiner eigenen unternehmerischen Tätigkeit ist. Wenn der Mieter also das ihm zum Gebrauch überlassene Objekt erst noch zur Produktion einrichten muss, handelt es sich um Miete. Wird demgegenüber der unternehmerische Erfolg hauptsächlich aus dem mit dem Gebrauch der Räumlichkeiten verbundenen Nutzungsmöglichkeiten, z.B. aus den dem Betreiber überlassenen Geschäftsbeziehungen, erwirtschaftet, ist Pacht anzunehmen. Pacht liegt vor, wenn der Verpächter die Nutzung eines vollständig ausgerüsteten Unternehmens zur Verfügung stellt, also ein Produktionsmittel (vgl. Das Schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008, N 26 der Vorbemerkungen zu Art. 253–274g OR).

5.2 Im vorliegenden Fall enthielt der zwischen den Parteien bezüglich Café/Dancing X abgeschlossene Vertrag insbesondere folgende Merkmale:

- Die Überlassung des bestehenden, komplett eingerichteten Café/Dancing X zur Bewirtschaftung auf eigene Rechnung.
- Überlassung sämtlicher Gegenstände des Inventars, insbesondere der Kellnerselbstbedienungsanlage, Kasse, Kaffeemaschine, kompletten Möblierung, Vorhänge, Musikanlage und Musikbox. Des Weiteren

- hat die Klägerin Geschirr und Kleingeräte für die Küche, Verkaufsladen und Café/Dancing zur Verfügung gestellt, ebenso alle Gedecke, Wäsche, Bestecke, Gläser, Teller etc.
- Eine Verpflichtung zur Übergabe des Objekts in betriebsbereitem Zustand.
 - Die Verpflichtung, den Betrieb nur als Café/Dancing zu führen.
 - Zusätzlich zum Grundzins ein umsatzabhängiger Zins in Prozenten von diversen Umsätzen.
 - Die Klägerin durfte den Automatenhersteller des Spielautomaten bestimmen und das Standgeld sollte zu ihren Gunsten gehen.
 - Eine eventuelle Musikbox sollte von der Klägerin aufgestellt werden und die Beklagte lediglich zu einem Drittel an den Geldeinnahmen daraus beteiligt sein.
 - Die schriftliche Zustimmung der Klägerin war nötig zur Ergänzung des Inventars und für die Vornahme baulicher Änderungen am Objekt.
 - Detaillierte Vorgaben zur Betriebsführung, insbesondere Mindestöffnungszeit von 10 Monaten im Jahr, Verpflichtung zum Anbieten einer Tanzmöglichkeit ab 16.00 Uhr in den Wintermonaten mit verlängerter Öffnungsdauer bis 02.00 Uhr. Wirtesonntag nur ausserhalb der Wintersaison.
 - Eine Getränkebezugsverpflichtung, wonach die Beklagte verpflichtet war, sämtliche von der Klägerin bestimmten Getränkelieferanten zu berücksichtigen. Es durften nur Eichhofbiere ausgeschenkt und verkauft werden. Die ausgewählten Produkte mussten dem speziellen Image des Hauses gebührend Rechnung tragen.
 - Eine weitreichende, im Mietrecht unzulässige, im Pachtrecht jedoch zulässige Unterhaltungspflicht der Beklagten (vgl. dazu nachfolgende Ziff. 10 und 10.1).

Aus all diesen Merkmalen ergibt sich unzweifelhaft, dass der Beklagten die Nutzung eines vollständig eingerichteten Betriebs, d.h. eines Produktionsmittels, zur Verfügung gestellt wurde. Abgesehen davon, dass das Café/Dancing X zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits bestand und vollständig eingerichtet war, akzeptierte die Beklagte auch weitreichende Auflagen zur Betriebsführung, welche ihr keinerlei Freiheiten liessen, einen eigenen, von der ursprünglichen Einrichtung und vom ursprünglichen Zweck abweichenden Betrieb aufzubauen. Vielmehr verpflichtete sich die Beklagte dazu, den bereits bestehenden Betrieb so wie bisher und unter Einhaltung klarer Vorgaben seitens der Klägerin weiterzuführen. Zusammengefasst hat der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag der Beklagten ein öffentlich zugängliches und vollständig eingerichtetes Lokal

zur selbstständigen Betriebsführung überlassen, weshalb gemäss der vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 128 III 419, E. 2.1 = Pra 92 [2003] Nr. 7) zweifelsfrei kein Mietvertrag, sondern ein Pachtvertrag vorliegt.

...

10. Unterhalt des Pachtobjekts

Der Verpächter ist verpflichtet, grössere Reparaturen am Pachtobjekt, die während der Vertragsdauer notwendig werden, auf eigene Kosten vorzunehmen, sobald ihm der Pächter von deren Notwendigkeit Kenntnis gegeben hat (Art. 279 OR). Der Pächter seinerseits muss für den ordentlichen Unterhalt des Pachtobjekts sorgen. Er muss die kleineren Reparaturen nach Ortsgebrauch vornehmen sowie die Geräte und Werkzeuge von geringem Wert ersetzen, wenn sie durch Alter oder Gebrauch nutzlos geworden sind (Art. 284 OR).

Art. 279 OR, welcher den Verpächter zur Vornahme von Hauptreparaturen am Pachtobjekt verpflichtet, hat teilzwingenden Charakter. Soweit die Norm Definitionen enthält, ist sie der Parteiautonomie gänzlich entzogen. Der in Art. 279 OR vorgegebene Umfang der Erhaltungs- und Unterhaltungspflicht des Verpächters kann nur dann zu Lasten des Pächters geschmälert werden, wenn kein Pachtvertrag über Wohn- und Geschäftsräume vorliegt (Art. 288 Abs. 2 OR; vgl. HIGI, Die Pacht, a.a.O., N 5f zu Art. 279).

Dem Verpächter obliegt gestützt auf Art. 279 OR eine geringere Unterhalts- und Erhaltungspflicht als dem Vermieter. Der sachliche Umfang der Unterhalts- und Erhaltungspflicht des Verpächters lässt sich nicht allgemein umschreiben. Der Zweck der dem Verpächter obliegenden Hauptreparatur liegt in der Instandhaltung des Pachtobjekts. Die Hauptreparatur dient der Erhaltung der Sache als solcher, und zwar mit Blick auf ihre Tauglichkeit zur vertragsgemässen Benutzung und Bewirtschaftung durch den Pächter. Dem Verpächter fallen deshalb gestützt auf Art. 279 kostenmässig alle diesem Zweck dienenden Ausbesserungen, Defektbehebungen und Wiederherstellungen von zerstörten Teilen des Pachtobjekts (z.B. Schuppen, Scheune, Dach, Damm, Weg, Treibhaus) an. Die dem Verpächter obliegende Hauptreparatur zielt einzig auf die Beseitigung und Verhinderung erheblicher Beeinträchtigungen der Tauglichkeit der Sache zur Benutzung bzw. Bewirtschaftung (vgl. HIGI, Die Pacht, a.a.O., N 10, 12 ff.). Dem Verpächter kommt somit im Wesentlichen die Aufgabe zu, die Pachtsache zu erhalten.

Dem Pächter wird der übrige Unterhalt des Pachtobjekts zugeteilt, der ein sogenannt "ordentlicher" ist und nicht bloss ein "kleiner" wie im Mietrecht.

Der konkrete Umfang der ordentlichen Unterhaltspflicht des Pächters wird durch die konkret von den Parteien festgelegte Aufgabenteilung zum Unterhalt bestimmt. Die Abgrenzung zwischen Hauptreparatur und ordentlichem Unterhalt hat nach dem allenfalls bestehenden Ortsgebrauch sowie gemäss den nachstehend erwähnten Grundsätzen zu erfolgen:

In der Regel fallen dem Verpächter Erhaltungsmassnahmen an der Pachtsache als solcher oder an deren Bestandteilen zu. Dem Pächter fällt der übrige, periodische Unterhalt an, insbesondere die Wartung der Sache und der dem Verpächter gehörenden Bewirtschaftungsmittel sowie die Wartung und der Ersatz des Inventars, soweit er die Gefahr daran trägt oder Eigentum daran erworben hat, mit Verpflichtung zur Rückgabe in gleicher Zahl bzw. Menge. Dem Pächter fallen demnach insbesondere folgende Unterhaltspositionen an (vgl. HIGI, Die Pacht, a.a.O., N 8, 11, 17ff):

- a) die periodischen Serviceleistungen (Entkalkung von Boilern, Liftwartung, Maschinenwartung, Lüftungswartung);
- b) der Ersatz verbrauchter Verschleissteile (LüftungsfILTER etc.);
- c) der Unterhalt der Zufahrtsstrasse (Reinigung, Ausbesserung);
- d) die sogenannte Schönheitsinstandhaltung von Räumen, insbesondere Hotelzimmern, Küchen, Büros etc. (Weisseln usw.);
- e) die Instandhaltung/Reparatur von Umzäunungen (nicht aber deren Ersatz);
- f) die Ausbesserung von Beschädigungen der Pachtsache, soweit die Beschädigung nicht erheblich ist.

Im Gastronomiebereich wird in der Regel zwischen Gross- und Kleininventar unterschieden. Das Kleininventar umfasst dabei alle mobilen Kleingegenstände (Teller, Besteck, Wäsche etc.) sowie steckerfertige Maschinen und Apparate, unabhängig von ihrem Anschaffungspreis. Das Grossinventar umfasst in der Regel alles, was entweder fest mit der Liegenschaft verbaut ist oder speziell in Bezug auf fest mit der Liegenschaft verbundene Teile angefertigt wurde. Als Beispiele für Grossinventar geltend Wände, Fenster, Dächer, Liftanlagen, sanitäre Installationen inkl. Spiegel, Toilettenschränke, Gemauerte Öfen, Befestigte oder angepasste Mobiliargegenstände und Kühlanlagen und ähnliches.

Was die Hauptreparaturen anbelangt, so hat der Verpächter diese nicht von sich aus vorzunehmen, sondern erst auf Anzeige des Pächters hin (Art. 279 OR). Eine solche Anzeige erübrigt sich nur dann, wenn der Verpächter bereits anderweitig Kenntnis von der Notwendigkeit einer Hauptreparatur erhalten hat oder wenn dem Pächter aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit der Reparatur nicht zuzumuten ist, dem Verpächter vor Vornahme der Reparatur eine entsprechende Meldung zu machen. Bestreitet der Verpächter das

Vorliegen einer Hauptreparatur oder seine Verpflichtung, eine solche ausführen zu lassen, darf der Pächter – abgesehen von dringlichen Fällen – die Reparatur nur mit gerichtlicher Ermächtigung (Art. 98 Abs. 1 OR) selbst vornehmen oder vornehmen lassen. Nur soweit eine gerichtliche Ermächtigung der Ersatzvornahme vorliegt, kann der Pächter für die entstandenen Kosten Entschädigung verlangen (vgl. Studer a.a.O., N 8 f. zu Art. 279; HIGI, Die Pacht, a.a.O., N 21 und 25 zu Art. 279).

10.1 Gültigkeit von Art. 7.1 und 7.2 des Pachtvertrags

...

In Art. 7.2 des Pachtvertrags haben die Parteien die gesetzliche Regelung, wonach der Verpächter Hauptreparaturen am Pachtobjekt selbst und an dessen Bestandteilen vorzunehmen hat, im Wesentlichen übernommen: Die Klägerin hatte gestützt auf diese Vertragsklausel für den Unterhalt der Liegenschaft selbst, d.h. an Fassaden, Mauerwerk, eingemauerten Leitungen und dergleichen, aufzukommen. Dabei handelt es sich um grössere Unterhaltsarbeiten und Hauptreparaturen, die auch von Gesetzes wegen dem Verpächter obliegen (Art. 279 OR). Dass die Kosten bei einem Verschulden der Beklagten zumindest teilweise (d.h. nach Abzug der altersbedingten Abschreibungen und der ordentlichen Nutzung) von dieser zu übernehmen waren, ergibt sich ebenfalls bereits aus dem allgemeinen Vertragsrecht und stellt keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung dar.

Weiter haben die Parteien in Art. 7.1 lit. c Abs. 2 des Pachtvertrags vereinbart, dass die Klägerin auch für den Ersatz defekter Grossinventars aufzukommen hatten. Auch dies entspricht der gesetzlichen Regelung von Art. 279 OR, denn das Grossinventar stellt in der Regel einen Bestandteil des Pachtobjekts dar. Zwar musste gestützt auf die gesetzlichen Vorgaben nicht nur der Ersatz, sondern auch eine Hauptreparatur des Grossinventars zulasten der Klägerin gehen. Dem haben die Parteien aber im Vertragstext genügend Rechnung getragen, indem die Klägerin immer dann für Abhilfe zu sorgen hatte, wenn das Grossinventar seinen vollen Nutzen nicht mehr erbringen konnte (Art. 7.2 lit. c Abs. 2 des Pachtvertrags). Ob diese Abhilfe durch (Haupt-)Reparatur oder Ersatz zu erbringen war, lag dabei im zulässigen Ermessen der Klägerin. Ausserdem ergab sich die Pflicht der Klägerin zur Vornahme von Hauptreparaturen am Grossinventar auch aus Art. 7.2 des Pachtvertrags, da das Grossinventar in der Regel einen Bestandteil der Pachtsache darstellt. Weiter haben die Parteien vereinbart, dass der Unterhalt des Grossinventars grundsätzlich Sache der Beklagten war (Art. 7.1 lit. c Abs. 1 des Pachtvertrags). Dies entspricht der gesetzlichen Regelung von Art. 284 Abs. 1 OR, wonach der Pächter für den ordentlichen Unterhalt

des Pachtobjekts und von dessen Bestandteilen aufzukommen hat. Vom Grundsatz her entspricht somit Art. 7.1 lit. c des Vertrags der gesetzlichen Regelung und ist deshalb zulässig. Zusammenfassend ist die Beklagte durch die vertragliche Regelung in Bezug auf das Grossinventar nicht schlechter gestellt, als wenn die – ebenfalls weitgehend auslegungsbedürftige – gesetzliche Regelung gelten würde.

In Bezug auf das Kleininventar haben die Parteien in Art. 7.1 lit. d des Pachtvertrags vereinbart, dass dessen Unterhalt und Ersatz zulasten der Beklagten gehen musste. Da sich diese Regelung nicht auf das Pachtobjekt selbst und dessen Bestandteile – denn Kleininventar wird nie Bestandteil der Pachtsache sein – bezieht, wird sie nicht von der Bestimmung von Art. 279 OR erfasst. Es ist zulässig, in Bezug auf Inventar, welches nicht Bestandteil der Pachtsache ist, zu vereinbaren, dass dieses bei Beendigung des Vertragsverhältnisses in gleicher Menge und Qualität zurückzugeben ist, wie es bei Vertragsbeginn vorhanden war. Bei dieser Regelung versteht es sich von selbst, dass Ersatz und Unterhalt dieses Inventars vollumfänglich zulasten des Pächters gehen. Dies ist zumindest bei Geräten und Vorräten bereits gestützt auf die gesetzliche Regelung von Art. 299b OR der Fall und gilt analog auch für die übrigen Gegenstände des Kleininventars, soweit die Parteien keine andere Regelung getroffen haben. Art. 7.1 lit. d des Pachtvertrags ist deshalb ohne Weiteres eine zulässige Regelung, welche weitgehend der gesetzlichen Regelung entspricht.

Art. 7.1 lit. a des Pachtvertrags hält fest, dass – unter Vorbehalt der vorstehen erwähnten Unterhalts- und Ersatzpflichten der Klägerin – sämtliche Unterhalts- und Reparaturkosten am Pachtobjekt zu Lasten der Beklagten gehen mussten. Diese Regelung wäre nur dann möglicherweise unzulässig, wenn sie sich auf Hauptreparaturen am Pachtobjekt und dessen Bestandteilen beziehen würde. Dass diese Hauptreparaturen aber grundsätzlich zulasten der Klägerin gehen sollten, wurde in den vorstehend erwähnten Art. 7.1 lit. c Abs. 2 und 7.2 des Pachtvertrags vereinbart. Nachfolgend werden die der Beklagten auferlegten Unterhaltspflichten im Einzelnen auf ihre jeweilige Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben geprüft:

- Die Beklagte hatte für die tägliche Reinigung und Sauberhaltung aller Räume der Umgebung des Gastbetriebs, Herde, Ventilationskanäle, Öfen, Jalousien und sämtlicher Syphons zu sorgen. Diese Verpflichtung wäre sogar im Mietrecht zulässig, ist doch selbst der Mieter zur Reinigung der von ihm gemieteten Räume, Möbel und Einrichtungsgegenstände verpflichtet.
- Weiter hatte die Beklagte für die Reparatur der elektrischen Kochplatten sowie aller Bestandteile, die regelmässig innert kürzester Zeit

ausgewechselt werden müssen, aufzukommen. Die gewählte Formulierung deutet darauf hin, dass mit dieser Verpflichtung im Wesentlichen kleinere bis mittlere Reparaturen und der Ersatz von Verschleissteilen gemeint war. Dieser Reparaturaufwand und Ersatz gehört bereits von Gesetzes wegen zum ordentlichen Unterhalt des Pachtobjekts und ist vom Pächter zu tragen (vgl. vorstehend Ziffer 10). Bei Bedarf wäre im Einzelfall zu prüfen, ob es sich bei den Kochplatten um Grossinventar handelt und die Klägerin deshalb gestützt auf Art. 7.1 lit. c Abs. 2 und Art. 7.2 des Pachtvertrags für Hauptreparaturen aufzukommen hatte. Diese Auslegung im Einzelfall hätte aber bei Anwendbarkeit von Art. 279 und 284 OR gleichermassen stattzufinden. Die von den Parteien getroffene Vereinbarung entspricht somit der gesetzlichen Regelung und war offensichtlich zulässig.

- Der Beklagten oblag auch die Instandhaltung der Wasserhahnen, Türschlösser, elektrischen Schalter und Steckdosen. Dabei handelt es sich um periodische Serviceleistungen und Instandhaltungs- bzw. Reinigungsarbeiten, welche zum ordentlichen Unterhalt gehören, der bereits von Gesetzes wegen dem Pächter obliegt. Auch diese Vereinbarung war folglich zulässig.
- Des Weiteren war die Beklagte auch für den Ersatz von Gurten o.ä. und den Zugalousien und Rollläden zuständig. Diese Vereinbarung ist offensichtlich zulässig, handelt es sich doch beim Ersatz defekter Rollladengurten um sogenannt kleinen Unterhalt, welcher sogar im Rahmen eines Mietvertrags dem Mieter obliegt.
- Die Beklagte hatte auch für den Ersatz von zerbrochenen Scheiben und Transparenten, von beschädigten Leuchtreklamen und Beleuchtungsvorrichtungen aufzukommen, selbst wenn eine Beschädigung durch Dritte oder Zufall vorlag. Bei den erwähnten Gegenständen handelt es sich – eventuell abgesehen von den Beleuchtungsvorrichtungen – um Grossinventar bzw. Bestandteile des Pachtobjekts. Hauptreparaturen mussten deshalb zulasten der Klägerin gehen. Im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung hätte deshalb im Einzelfall entschieden werden müssen, ob eine Hauptreparatur vorliegt oder eine kleine bis mittlere Reparatur, welche als ordentlicher Unterhalt gelten kann. Nichtig ist die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung deshalb offensichtlich nicht, es wäre lediglich im Einzelfall zu prüfen, ob nicht ein Anwendungsfall von Art. 7.1 lit. c Abs. 2 oder 7.2 des Pachtvertrags vorliegt. Die gleiche Prüfung müsste auch im Rahmen der gesetzlichen Regelung vorgenommen werden.

- "Die Schneeräumung auf den Gehsteigen zum Mietobjekt und dem Vorplatz." Der Unterhalt der Zufahrtstrasse und der Zugangswege gehört klar zum ordentlichen Unterhalt, für den die Beklagte bereits von Gesetzes wegen aufzukommen hatte. Sogar im Mietrecht wäre es ohne Weiteres zulässig, die Kosten für die Schneeräumung im Rahmen der Nebenkosten dem Mieter zu überbinden. Dies muss erst recht auch im Pachtrecht gelten.
- "Unterhalt der sich im Gastbetrieb befindlichen Feuerlöschgeräte und Alarmanlagen." Dabei handelt es sich periodische Serviceleistungen, welche bereits von Gesetzes wegen zum ordentlichen Unterhalt gehören, für welchen die Beklagte aufzukommen hat.
- Auch die Entkalkung und Unterhaltskosten für die Heisswasseranlage, die Kühlanlage, die Herde und Wascheinrichtungen, die Ventilation und Klimaanlage, Wasch- und Geschirrwashanlagen, WC- und Pissoiranlage musste die Beklagte übernehmen. Dabei handelt es sich um periodische Serviceleistungen und ordentliche Unterhaltskosten, welche die Beklagte bereits von Gesetzes wegen zu tragen hatte. Sogar im Mietrecht ist es zulässig, dem Mieter diese Servicekosten im Rahmen der Nebenkosten zu überbinden (Art. 5 Abs. 2 VMWG). Im Pachtrecht ist es ohne Weiteres zulässig, dem Pächter nicht nur diese Kosten zu überbinden, sondern ihn auch zur Vornahme bzw. Organisation dieser Serviceleistungen zu verpflichten.
- Die Beklagte war auch verpflichtet, in jedem Quartal eine Tiefenreinigung des Spannteppichs vorzunehmen. Diese Verpflichtung ist entweder als ordentliche Schönheitsinstandhaltung oder als periodische Leistung zu qualifizieren. Jedenfalls gehört sie klar zum ordentlichen Unterhalt, für welchen die Beklagte bereits von Gesetzes wegen aufzukommen hatte.
- Weiter haben die Parteien aufgezählt, in Bezug auf welche Maschinen die Beklagte Service-Verträge für eine periodische, fachmännische Wartung abzuschliessen hatte. Auch diese Serviceverträge sind als periodische Serviceleistungen zu qualifizieren. Diese gehören zum ordentlichen Unterhalt, für den die Beklagte bereits von Gesetzes wegen aufzukommen hatte.
- Des Weiteren wurde die Beklagte verpflichtet, Tapeten, Farbanstriche und Bodenbeläge dort zu ersetzen, wo dies als normal zu bezeichnende Abnutzung notwendig ist. Soweit diese Verpflichtung als Schönheitsinstandhaltung eingestuft werden kann, war die Vereinbarung sicher zulässig. Es wäre aber jeweils im Einzelfall zu entscheiden gewesen, ob nur eine Schönheitsinstandhaltung oder eine Haupt-

reparatur bzw. Erneuerung des Pachtobjekts vorliegt. Als Schönheitsinstandhaltung gilt sicher das Weisseln/Erneuern von Farbanstrichen von Wänden sowie das Reinigen von Böden, Tapeten und Spanntepichen (vgl. vorstehend Ziffer 10). Kleine und mittlere Reparaturen an diesen Bestandteilen der Pachtsache konnten im Rahmen des ordentlichen Unterhalts ebenfalls noch zulasten der Beklagten gehen, während allfällige Hauptreparaturen und der altersbedingte Ersatz zulasten der Klägerin gehen mussten. Die von den Parteien getroffene Vereinbarung war somit nicht gänzlich unzulässig bzw. nichtig. Es wäre einfach im konkreten Anwendungsfall zu prüfen gewesen, welche Leistungen unter diese Bestimmung fallen konnten und welche von Art. 7.1 lit. c Abs. 2 oder Art. 7.2 des Pachtvertrags erfasst wurden.

- Schlussendlich entspricht die Verpflichtung der Beklagten, für sämtliche Mängel aufzukommen, welche nicht auf betriebsbedingte Abnutzung zurückzuführen waren, der gesetzlichen Regelung und ist deshalb offensichtlich zulässig.

Zusammengefasst ist Art. 7.1 lit. a des Pachtvertrags zulässig. Teilweise wäre zwar im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Anwendungsfall der Unterhaltspflicht der Beklagten im Sinne von Art. 7.1 lit. a des Pachtvertrags oder eine Unterhalts- und Ersatzpflicht der Klägerin gemäss Art. 7.1 lit. c Abs. 2 und Art. 7.2 des Pachtvertrags vorliegt. Diese Auslegungsbedürftigkeit führt aber nicht zur Nichtigkeit der entsprechenden Bestimmung, zumal die gesetzlichen Regelungen in Art. 279 und Art. 284 OR gleichermaßen auslegungsbedürftig sind.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von der Beklagten widerklageweise geltend gemachten Reparatur-, Unterhalts- und Ersatzkosten als Hauptreparaturen an bzw. Ersatz von Teilen der Pachtsache bzw. Grossinventar zu qualifizieren sind und deshalb gestützt auf Art. 7.1 lit. c Abs. 2 bzw. Art. 7.2 des Pachtvertrags zulasten der Beklagten [recte: Klägerin] gehen mussten. In diesem Rahmen ist die Beklagte beweispflichtig, dass es sich bei den betroffenen Gegenständen um Teile der Pachtsache bzw. um Grossinventar handelte und dass es sich bei den in Rechnung gestellten Aufwendungen um eine Hauptreparatur oder um einen Ersatz handelte. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, hat die Beklagte weiter zu beweisen, dass sie der Klägerin

- a) angezeigt hat, dass ein Mangel vorliegt bzw. eine Hauptreparatur notwendig ist;
- b) die Klägerin untätig blieb bzw. sich weigerte, die Reparatur vorzunehmen und

- c) die Beklagte sich richterlich zur Ersatzvornahme ermächtigen liess bzw. die Reparatur so dringend war, dass mit deren Vornahme nicht bis zum Vorliegen einer richterlichen Ermächtigung zugewartet werden konnte.

(Urteil des Landgerichts Ursern, Sitzung vom 22. Januar 2015)

Art. 128 al. 1 CPC

Art. 30 al. 1 Cst.

10. Amende disciplinaire – Annulation de jugement

La décision visant à fixer une amende disciplinaire est une décision finale qui doit être prise par le Tribunal des baux et loyers dans sa composition régulière, cette autorité devant siéger avec assesseurs paritaires sous la présidence d'un juge de carrière. Lorsque le Tribunal statue dans une composition irrégulière pour prononcer une amende disciplinaire, la décision doit être annulée ; en effet, elle viole la garantie constitutionnelle de l'article 30 alinéa 1 Cst.

Exposé des faits

Les locataires ont saisi le Tribunal des baux et loyers d'une requête en contestation du loyer initial formée à l'encontre de leur bailleuse.

Lors de l'audience de débats d'instruction du 20 février 2015 devant le Tribunal, l'employé de l'ASLOCA, a assisté les locataires. Il a été invité à se lever pour plaider, par respect des convenances et du Tribunal. Il a précisé avoir l'habitude de plaider assis et de s'en tenir à cette habitude. L'attention de l'employé de l'ASLOCA a été attirée sur la tenir de l'art. 128 al. 1 CPC et la possibilité d'une amende disciplinaire pour qui enfreint les convenances.

L'employé de l'ASLOCA a été informé qu'il sera amendé s'il persiste à refuser de se lever pour plaider. Le Tribunal a condamné l'intéressé à une amende de fr. 200.– pour avoir enfreint les convenances. Il plaidera donc assis et est informé que la décision d'amende peut faire l'objet d'un recours dans les 10 jours auprès de la Cour de justice.

Par décision du 20 février 2015, le Tribunal, composé de sa seule présidente a condamné l'employé de l'ASLOCA à une amende de fr. 200.– pour avoir enfreint les convenances lors de l'audience du même jour.

Par acte déposé le 5 mars 2015 au greffe de la Cour de justice, l'employé de l'ASLOCA a formé recours contre cette décision, dont il a sollicité l'annulation, se prévalant notamment d'une composition irrégulière du Tribunal.

Extrait des considérants

2. La décision attaquée a été rendue par le Tribunal composé de sa seule présidente.

2.1 A teneur de l'art. 30 al. 1 Cst., qui a la même portée que l'art. 6 § 1 CEDH, toute personne, dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire, a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Cette disposition constitutionnelle interdit les tribunaux d'exception et la mise en œuvre de juges ad hoc ou ad personam; elle impose des exigences minimales en procédure cantonale et requiert une organisation judiciaire ainsi qu'une procédure déterminées par un texte légal (ATF 129 V 335 consid. 1.3.1 p. 338 et les références); que ces principes s'appliquent aussi aux juges suppléants et laïcs (arrêts du Tribunal fédéral 8C_470/2012 du 29 mai 2013 consid. 3; I 688/03 du 15 mars 2004 consid. 2 in SVR 2005 IV n. 32 p. 119 et les références).

La Cour de céans examine d'office les conditions formelles de validité et de régularité de la procédure de première instance (ATF 135 V 124 consid. 3.1 p. 127; 132 V 93 consid. 1.2 p. 95 et les références; cf. aussi MEYER/DORMANN in Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2ème éd. 2011, n. 8 ad art. 106 LTF), parmi lesquelles figure la composition – régulière ou pas – du tribunal qui a statué (ATF 129 V 335 consid. 1.2 p. 337; arrêts du Tribunal fédéral 9C_683/2012 du 27 mai 2013; 9C_836/2012 du 15 mai 2013).

Le Tribunal fédéral a admis de façon constante que la composition irrégulière d'une autorité constitue une cause d'annulabilité du jugement qui a été rendu (ATF 136 I 207 consid. 5.6 p. 218 ss; arrêts du Tribunal fédéral 9C_683/2012 du 27 mai 2013; 9C_836/2012 du 15 mai 2013; I 688/03 précité consid. 3).

Selon la jurisprudence, les juges assesseurs sont des magistrats de l'ordre judiciaire à teneur de l'organisation cantonale (ATF 130 I 106; art. 5 et 88 LOJ-RSGE E 2 05).

Le Tribunal des baux et loyers siège dans la composition d'un juge, qui le préside, d'un juge assesseur représentant les groupements de locataire et d'un juge assesseur représentant les bailleurs (art. 88 LOJ).

Selon la doctrine, constitue une "autre décision", au sens de l'art. 319 CPC, celle dont le prononcé marque définitivement le cours des débats et déploie – dans cette seule mesure – autorité et force de chose jugée à l'encontre des parties ou des tiers concernés. Tel est notamment le cas d'une amende disciplinaire, au sens de l'art. 128 al. 4 CPC (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, n. 15 ad art. 319 CPC).

2.2 En l'espèce, il est constant que la composition du Tribunal était régulière, lors de l'audience du 20 février 2015, dès lors que celui-ci était composé de sa présidente et de deux assesseurs. Toutefois, la décision d'amende, notifiée au recourant le même jour, a été prise par la présidente du Tribunal des baux et loyers, siégeant sans assesseurs, lesquels ne sont nullement mentionnés sur la décision. A cet égard, il importe peu que les décisions soient signées par le seul président. Seule est déterminante la composition du Tribunal amené à rendre une décision. Comme retenu ci-avant, cette décision est finale; il ne s'agit pas d'une ordonnance d'instruction.

Il s'ensuit que le Tribunal des baux et loyers a statué dans une composition irrégulière pour rendre une décision, alors que la loi imposait que cette autorité siège avec assesseurs paritaires sous la présidence d'un juge de carrière, et rende sa décision, cas échéant, à la majorité. Partant, il a violé la garantie constitutionnelle de l'art. 30 al. 1 Cst.

Ce vice entraîne l'annulation du jugement et le renvoi de la cause au Tribunal des baux et loyers pour qu'il statue à nouveau dans une composition conforme à la loi.

(Arrêt de la Chambre des baux et loyers de la Cour de justice du canton de Genève du 29 juin 2015)

