

# Mitteilungen zum Mietrecht

Auszüge aus Gerichtsentscheiden

# Communications concernant le droit du bail

Extraits de la jurisprudence

# Comunicazioni concernenti il diritto d'affitto

Estratti dalla giurisprudenza



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

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

Herausgeber: Bundesamt für Wohnungswesen

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

Bestellnummer: 725.962

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

12.14 700 860346211

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

ACJC	référence des arrêts de la Cour de justice de Genève
aCO	ancien Code des obligations
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
BSK OR I	Basler Kommentar zum Obligationenrecht I
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CCA	Camera civile del Tribunale di appello
CCR	Contrat-cadre romand de baux à loyer
CdB	Cahiers du bail
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (RS 0.101)
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 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
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 (RS 221.213.15) du 23 juin 1995
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)
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)
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 Résiliation pour non-paiement de loyer - procédure sommaire - cas clair**

D'après la jurisprudence de la Cour de justice, une mise en demeure de payer l'arriéré de loyer dans un délai de dix jours sous menace du paiement trimestriel est admissible. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne répond pas explicitement à cette question. Or, en l'espèce, la bailleresse a imparté un délai de cinq jours uniquement pour le paiement de l'arriéré du loyer sous la menace d'exiger le paiement trimestriel. Il n'est dès lors pas clair au vu de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour si un tel délai peut être considéré comme suffisant. La situation juridique ne peut dès lors pas être considérée comme claire.

Art. 257d CO / Art. 1 CCR / Art. 257 al. 1 CPC

page 1

### **2 Mietzinsreduktion wegen zu kleiner Mietfläche und anderer Mängel?**

In diesem Entscheid werden einerseits Ausführungen darüber gemacht, ob die in einem Zeitungsinserat genannte Fläche Vertragsbestandteil geworden ist und wie sich diese berechnen könnte. Andererseits wurde entschieden, dass die defekte Sonnenstore als Schönheitsmangel und mithin als leichter Mangel zu qualifizieren sei, der zu einer Mietzinsreduktion berechtigt.

Art. 258 ff., 259d OR

Seite 5

### **3 Mängel der gemieteten Geschäftsräume**

Ein Herabsetzungsanspruch gemäss Artikel 259d OR besteht entgegen dem Wortlaut bereits dann, wenn der Mietsache eine Eigenschaft fehlt, welche nicht oder nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Gebrauchstauglichkeit steht, sondern aus anderen Gründen Gegenstand der Vereinbarung bildete. Das Vorliegen eines Mangels wurde bejaht, da die zugesicherte Mietfläche nicht der tatsächlich vorhandenen Fläche entsprach. Die Berufung auf die offensichtliche Erkennbarkeit der Minderfläche war nicht möglich. Der Umfang der Herabsetzung wurde nach der relativen Methode berechnet. Als Mangel gilt u. a. die ungenügende Heizung, ungenügende Isolation, Kondenswasser oder übermässige Feuchtigkeit. Ein Mangel wurde bejaht, da ein Raum wegen der niedrigen Temperatur nicht als Verkaufsraum benutzt werden konnte. Für die Bestimmung des Umfangs der Herabsetzung sind objektive Kriterien massgebend.

**Art. 259d OR**

**Seite 14**

### **4 Rachekündigung oder Kündigung aus dringendem Eigenbedarf?**

Kündigung wegen dringendem Eigenbedarf. Der Eigenbedarf zum Zeitpunkt der Kündigung war hinreichend glaubhaft gemacht. Da der Eigenbedarf aber nachträglich dahingefallen war, verhält sich die Vermieterschaft treuwidrig, wenn sie nach wie vor an diesem festhält.  
Berechnung des Streitwerts bei Kündigungsanfechtungen.

**Art. 271a OR**

**Seite 20**

### **5 Mise en demeure – paiement du loyer trimestriel**

La mise en demeure de l'art. 1 al. 2 CCR est semblable à la protestation de l'art. 257f al. 3 CO. En effet, elle ne contient en général pas de menace de résiliation et ne vise à tout le moins pas directement une telle issue, mais bien plutôt un changement de la part du locataire sous forme de paiements plus réguliers. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la mise en demeure de l'art. 1 al. 2 CCR ne doit pas obligatoirement être adressée au conjoint du locataire pour être valable.

**Art. 266n CO / Art. 1 al. 2 CCR**

**page 26**

## **6 Unterhaltskostensteigerung infolge einer umfassenden Überholung und Vertrauensschutz bei Vergleich**

In Frage steht insbesondere, ob und inwiefern sich die Vermieterschaft gegen das Herabsetzungsbegehren der Mieterschaft mit dem Einwand zur Wehr setzen kann, es sei eine Unterhaltskostensteigerung infolge einer umfassenden Überholung eingetreten. Die Frage, ob ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen im Rahmen einer umfassenden Überholung, die zu einer dauerhaften Unterhaltskostensteigerung führen, als Kostensteigerung gemäss Artikel 269a OR geltend gemacht werden können, wurde letztlich offen gelassen, weil die Mieter in ihrem Vertrauen auf einen früher geschlossenen Vergleich, der die Mietzinserhöhung aufgrund der umfassenden Überholung regelte, geschützt wurden.

**Art. 269a lit. b, 270a Abs. 1 OR / Art. 12 und 14 VMWG**

**Seite 32**

## **7 Contestation du loyer initial – loyer abusif**

En cas d'immeubles construits ou acquis il y a quelques décennies, la hiérarchie entre les critères absolus est inversée par rapport à celle prévalant pour les immeubles dits récents : si un loyer augmenté selon un facteur relatif entre dans les limites des loyers usuels du quartier, il n'y a pas lieu de procéder au surplus au calcul du rendement net; en revanche, un tel calcul ne peut être refusé au locataire qui le demande, lorsque le bailleur qui entend augmenter le loyer ne se prévaut pas à son tour des loyers du quartier ou ne parvient pas à apporter la preuve requise à cet égard.

**Art. 270 CO, 269 ss CO**

**page 39**

## **8 Contestation du loyer initial**

Lorsque la hausse de loyer est motivée par "mise à jour du loyer au sens de l'art. 269a let. a et b CO", il y a lieu d'admettre que la bailleresse invoque cumulativement des critères inhérents à l'usage dans la localité et le quartier et des critères inhérents aux coûts, critères qui, invoqués simultanément, sont incompatibles.

**Art. 270 al. 1 CO**

**page 43**

## **9 Anfechtung des Anfangsmietzinses**

Sind Wohn- und Geschäftsräume knapp, dann genügt dieses Kriterium für sich alleine, um eine Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Artikel 270 Absatz 1 OR zu ermöglichen. Für den Nachweis eines Mangels an Wohn- und Geschäftsräumen auf dem örtlichen Markt ist es ausreichend, wenn eine amtlich bzw. statistisch festgestellte Mangelsituation besteht. Die Mieterschaft hat den Nachweis zu erbringen, dass für den Wohnungswechsel gute Gründe vorhanden waren und ein Verzicht auf den Umzug nicht vernünftig gewesen wäre.

**Art. 270 OR / Art. 237 ZPO**

**Seite 47**

## **10 Congé annulable contraire aux règles de la bonne foi**

La bailleuse a principalement motivé son congé par la nouvelle politique locataire de l'immeuble, expliquant qu'elle avait toujours souhaité avoir dans ses immeubles des locataires actifs dans le domaine de la finance uniquement. Si la bailleuse avait eu l'idée de pratiquer une telle politique locative dès l'acquisition de l'immeuble, elle n'aurait pas attendu quatre ans pour la mettre en œuvre alors qu'un seul locataire était concerné.

**Art. 271 CO**

**page 53**

## **11 Citation à comparaître**

Le bailleur soutient que la clause réglant la communication des courriers entre bailleur et locataire, l'autorisait également à faire citer son locataire en justice en donnant au Tribunal l'adresse contractuelle pour adresse de notification.

Pareille extension de la portée de cette clause ne peut être couverte par son interprétation objective. Si le locataire peut comprendre raisonnablement que le bailleur est ainsi autorisé à faire parvenir tout courrier contractuel à cette adresse de correspondance, il ne peut en revanche pas déduire du texte et du but de la clause que le bailleur pourrait aussi l'assigner en justice à cette même adresse qui vaudrait ainsi domicile élu dans le cadre d'une procédure judiciaire.

**Art. 133 let. a CPC**

**page 58**



Art. 257d CO

Art. 1 CCR

Art. 257 al. 1 CPC

# **1. Résiliation pour non-paiement de loyer – procédure sommaire – cas clair**

**D'après la jurisprudence de la Cour de justice, une mise en demeure de payer l'arriéré de loyer dans un délai de dix jours sous menace du paiement trimestriel est admissible. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne répond pas explicitement à cette question. Or, en l'espèce, la bailleresse a imparti un délai de cinq jours uniquement pour le paiement de l'arriéré du loyer sous la menace d'exiger le paiement trimestriel. Il n'est dès lors pas clair au vu de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour si un tel délai peut être considéré comme suffisant. La situation juridique ne peut dès lors pas être considérée comme claire.**

## **Exposé des faits**

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 6,5 pièces au 1<sup>er</sup> étage d'un immeuble sis à O. Le

loyer a été fixé en dernier lieu à fr. 1820.– par mois, charges comprises. Le bail est soumis aux Conditions générales et règles et usages locatifs appliqués dans le canton de Genève, sous réserve de clauses particulières mentionnées dans le contrat.

Par courrier recommandé du 11 avril 2012, la bailleuse a mis en demeure la locataire de payer dans un délai de cinq jours dès réception du courrier le montant de fr. 1850.–, précisant qu'à défaut elle exigerait le paiement du loyer par trimestre d'avance, dès le 1<sup>er</sup> mai 2012, conformément à l'art. 1 du contrat-cadre de bail à loyer romand.

Considérant que la somme susmentionnée n'avait pas été réglée dans le délai imparti, la bailleuse a exigé, par pli recommandé du 26 avril 2012, le paiement du loyer par trimestre d'avance dès le 1<sup>er</sup> mai 2012. Par avis comminatoire du 26 juin 2012, la bailleuse a mis en demeure la locataire de régler dans les trente jours le montant de fr. 7100.65 à titre d'arriéré de loyer, et l'a informée de son intention, à défaut de paiement, de résilier le bail conformément à l'art. 257d CO.

Par requête du 6 novembre 2012 adressée au Tribunal des baux et loyers, la bailleuse, agissant par voie de procédure sommaire pour cas clair, a requis l'évacuation de la locataire pour défaut de paiement du loyer.

Par jugement du 1<sup>er</sup> février 2013, le Tribunal des baux et loyers a déclaré irrecevable la requête du 6 novembre 2012 de la bailleuse. Le 14 février 2013, la bailleuse a interjeté appel de ce jugement.

## **Extrait des considérants**

**4.** La question à trancher dans un premier temps est celle de savoir si la procédure introduite par la requête de l'appelante du 17 octobre 2011 remplit les conditions du cas clair au sens de l'art. 257 al. 1 CPC et si les premiers juges étaient, dès lors, fondés ou non à la déclarer irrecevable au motif qu'elle ne remplissait pas ces conditions.

**4.1** En vertu de l'art. 257 al. 1 CPC, le Tribunal admet l'application de la procédure sommaire lorsque les conditions suivantes sont remplies : a. l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé ; b. la situation juridique est claire. D'après l'al. 3, le Tribunal n'entre pas en matière sur la requête lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée.

Cela signifie que l'état de fait doit pouvoir être établi sans peine. En cas de doute, l'affaire doit être traitée dans une procédure complète. La situation juridique peut être considérée comme claire si, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées, la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente. Si la partie adverse, qui doit être entendue (art. 253 CPC), conteste les faits ou oppose une exception à la prétention du demandeur, la protection dans les cas clairs ne peut pas être accordée. Il suffit – à tout le moins – au défendeur de démontrer la vraisemblance de ses objections, mais des allégations dénuées de fondement ne sauraient faire obstacle à un procès rapide (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], in FF 2006 p. 6841 ss, spéc. 6959).

Chaque fois que le locataire excipera dans un cas, a priori clair, de la nullité ou de l'inefficacité d'un congé, le juge devra estimer la solidité des arguments. S'ils ont une chance de succès, le juge refusera d'admettre le cas clair. En cas de doute, l'art. 257 CPC ne saurait s'appliquer (LACHAT, op. cit., p. 168 ; HOHL, note 1678 p. 306).

**4.2** Aux termes de l'art. 1 CCR, qui déroge à l'art. 257c CO et qui a été déclaré de force obligatoire générale, 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 (al. 1) ; 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 les loyers, acomptes de chauffage et de frais accessoires soient acquittés trimestriellement à l'avance, dès le mois suivant l'échéance du délai dans la mise en demeure (al. 2).

Cet article 1 du contrat cadre a été repris, mot pour mot, à l'art. 12 al. 2 des conditions générales et règles et usages locatifs (édition 1991) intégrés au bail liant les parties à la présente procédure.

**4.3** La bailleresse fait grief au Tribunal d'avoir considéré que le cas n'était pas clair. Elle soutient que les premiers juges ont estimé à tort que l'art. 1 al. 2 CCR exigeait de fixer au locataire un délai minimum de dix jours dans le cadre de la mise en demeure pour exiger le paiement trimestriel du loyer. Elle estime que cette disposition ne prévoit de délai minimum et que ce délai peut au contraire être fixé librement.

D'après la jurisprudence de la Cour de justice, une mise en demeure de payer l'arriéré de loyer dans un délai de dix jours sous menace du paiement trimestriel est admissible (ACJC/597/2011) ; la Cour se réfère à cet

égard à LACHAT (Le bail à loyer, 2008, p. 311, note 47). La jurisprudence du Tribunal fédéral ne répond pas explicitement à cette question.

Or, en l'espèce, la bailleresse a imparti un délai de cinq jours uniquement pour le paiement de l'arriéré de loyer sous la menace d'exiger le paiement trimestriel. Il n'est dès lors pas clair au vu de la doctrine et de la jurisprudence de la Cour si un tel délai peut être considéré comme suffisant. C'est dès lors à juste titre que les premiers juges ont retenu qu'il n'était pas certain que l'avis comminatoire subséquent et, partant, la résiliation pour défaut de paiement soient valables, la situation juridique ne pouvant être considérée comme claire.

La requête en protection de cas clair formée par la bailleresse a à juste titre été déclarée irrecevable. L'appel sera par conséquent rejeté et le jugement confirmé.

(Arrêt de la chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 27 mai 2013)

## Art. 258 ff., 259d OR

# 2. Mietzinsreduktion wegen zu kleiner Mietfläche und anderer Mängel?

**In diesem Entscheid werden einerseits Ausführungen darüber gemacht, ob die in einem Zeitungsinserat genannte Fläche Vertragsbestandteil geworden ist und wie sich diese berechnen könnte. Andererseits wurde entschieden, dass die defekte Sonnenstore als Schönheitsmangel und mithin als leichter Mangel zu qualifizieren sei, der zu einer Mietzinsreduktion berechtigt.**

### **Sachverhalt**

Die Mieterin schloss am 2. Dezember 2010 mit der Rechtsvorgängerin der Vermieterin einen Mietvertrag über ein Ladenlokal. Die Mieterin betreibt darin eine Kunstgalerie. Einige Zeit nach Bezug des Mietobjektes kam es unter den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten über die Ladenfläche, die Sonnenstore und über andere Punkte. Die Schlichtungsverhandlung blieb ohne Ergebnis, worauf die Mieterin am 20. November 2012 an das Bezirksgericht gelangte. Dieses führte am 10. April 2013 einen Augenschein durch.

## Aus den Erwägungen

**5. a)** Die Mieterin hat im Zusammenhang mit der Fläche der Mietsache behauptet, die Vermieterin habe in ihrem Inserat eine Fläche des Ladenlokals von „ca. 39 m<sup>2</sup>“ versprochen. Diese versprochene Anzahl m<sup>2</sup> sei für sie zwingende Voraussetzung für den Abschluss des Mietvertrages gewesen. Die Vermieterin habe im Inserat mit der Fläche geworben, weshalb es sich dabei um einen Antrag handle. Die Fläche sei als wesentlicher Vertragsbestandteil zu qualifizieren. Daran ändere auch nichts, dass diese im Mietvertrag nicht ausdrücklich erwähnt sei. Der Mietvertrag sei auch aufgrund der Materialien auszulegen, und das Vertrauen auf eine bestimmte Fläche sei bereits mit dem Inserat geweckt worden. Massgebend sei die sogenannte Hauptnutzfläche gemäss der SIA-Norm 416/2003. Im Sinne von BGE 135 III 542 würden Geschäftslokale in Funktion des Quadratmeterpreises ausgewählt. Des Weiteren hänge gemäss Art. 11 Abs. 2 VMWG bei Geschäftsräumen der übliche Mietzins im Sinne von Art. 269a lit. a OR vom quartierüblichen Quadratmeterpreis ab. Diesen Ausführungen hat die Vermieterin entgegen gehalten, dass eine Zusicherung der Ladenfläche weder im Inserat noch im Mietvertrag enthalten sei. Eine solche Fläche sei auch nie im Rahmen der Vertragsverhandlungen versprochen worden.

**b) aa)** Voraussetzung für eine Auseinandersetzung um die Mietfläche ist, dass das Flächenmass zum Vertragsinhalt geworden ist. Wurde die Fläche nur im Inserat, nicht aber im Vertrag erwähnt, muss der Mieter, welcher sich darauf beruft, nachweisen, dass die Flächenangabe im Inserat auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertrag, dennoch zu dessen Bestandteil geworden ist. Wird die Fläche nur ungefähr angegeben, etwa „ungefähr x m<sup>2</sup>“ oder „ca. x m<sup>2</sup>“, so ist dies bei der Bewertung zu berücksichtigen. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist im Einzelfall eine Abweichung von bis 10% zu tolerieren. Für Mieter und Vermieter ist es unmöglich, sich vertraglich übereinstimmend auf die Fläche des Mietobjektes zu einigen, wenn sie lediglich eine Anzahl Quadratmeter und nicht gleichzeitig auch die Messmethode vereinbart haben. Wenn die Fläche überhaupt zum Vertragsinhalt werden soll, genügt eine Definition nach Quadratmetern nicht. Ist zum Beispiel das Mietobjekt durch die Angabe der Zimmer genügend bestimmt, dann bedarf es einer genauen Bestimmung der Fläche nicht. In diesem Fall ist die Flächenangabe kein notwendiger Vertragsbestandteil. Falls die Fläche wesentlich ist, wie vor allem bei Geschäftsmieten, wo der Mietpreis in aller Regel pro Quadratmeter bezahlt wird, muss der Vertrag, nebst der Angabe zur Grösse der Fläche in Quadratmetern,

auch einen Hinweis auf die Messmethode enthalten. Wenn der Mieter die Mietsache trotz des Mangels übernimmt, also sich weder auf die Unverbindlichkeit der Vertrages beruft, noch von ihm zurücktritt, kann er eine verhältnismässige Herabsetzung des Mietzinses verlangen. Wurde die Mietfläche im Vertrag mit dem Zusatz „ungefähr“ angegeben, dann wird die Herabsetzung so berechnet, dass die Differenz zwischen der effektiven und der vertraglich vereinbarten Mietfläche in Prozenten bestimmt und davon 3% abgezogen werden (vgl. GASCHÉ, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, in: mp 2001, S. 2 ff., mit zahlreichen Hinweisen).

**bb)** Das von der Beklagten geschaltete Zeitungsinserat lautete wie folgt: „Ladenlokal ca. 39 m<sup>2</sup> ab sofort“. Unter den Parteien unbestritten ist, dass der Mietvertrag keine Angaben zur Fläche enthielt. Die Mieterin hat auch weder behauptet, noch bewiesen, dass die Vermieterin ihr während den Verhandlungen besagte Fläche zugesichert hat. Fest steht, dass die Mieterin mit E-Mail vom 12. Oktober 2013 (recte: 2010) auf das Inserat in der NZZ reagiert hat. Darin hat sie die Vermieterin gebeten, ihr „aussagekräftige Fotos von Innen- und Aussenaufnahmen mit Grundrisszeichnung, in der die Raumhöhe angegeben“ sei, zu schicken. Demnach war der Mieterin zum einen das Aussehen des Rauminnen und des Gebäudeäusseren wichtig. Dies ist bei einer Galerie für „hochkarätige Ausstellungen“ auch verständlich. Zum anderen waren für sie der Grundriss sowie die Raumhöhe von Bedeutung. Auch dies ist nachvollziehbar, zumal davon die Art der auszustellenden Kunstobjekte abhängt. Ein Grundriss ist ein Horizontalschnitt durch ein Geschoss (vgl. Anhang C3 der SIA-Norm 400). Gemäss Duden wird darunter im Bauwesen eine massstabgerechte Zeichnung bzw. eine Darstellung des waagerechten Schnittes eines Bauwerks verstanden (vgl. [www.duden.de](http://www.duden.de)). Mit dem Grundriss soll die Komposition der Räume eines Gebäudes dargestellt werden. (vgl. Themenblatt Nr. 3 des Instituts für Raumentwicklung IRAP HSR „Gebäudegrundriss – Fachausdrücke und ihre unterschiedliche Verwendung“, [www.irap.hsr.ch](http://www.irap.hsr.ch)). Es ist weder behauptet noch bewiesen, dass die Mieterin nach ihrer Anfrage vom 12. Oktober 2010 bzw. nach der Besichtigung der Lokalitäten bis zu der am 2. Dezember 2010 erfolgten Vertragsunterzeichnung weitere Informationen zur Fläche des Ladenlokals verlangt hat. Dies bedeutet, dass die Fläche des Mietobjektes kein Thema der Vertragsverhandlung bzw. dass die Fläche des Mietlokals von untergeordneter Bedeutung war. Am 7. Dezember 2010 hat die Mieterin den Grundrissplan mit den Massen erhalten. Auch diesbezüglich ist weder behauptet noch bewiesen, dass sich die Mieterin in der Folge wegen der Fläche beschwert hat. Erst am 21. April 2011 hat sie bei der Beklagten interveniert und behauptet, dass

die von Letzterer „mit 39 qm angegebene Mietfläche nicht den Tatsachen“ entspreche.

**cc)** Entgegen den Ausführungen der Mieterin steht somit fest, dass für sie die Fläche nicht ein wesentlicher Vertragsbestandteil war. Für sie waren vielmehr andere Merkmale des Ladenlokals wichtig, wie Lage, Grundriss und Raumhöhe. Demzufolge ergibt sich, dass die Vermieterin der Mieterin keine Ladenfläche zugesichert hat.

**c) aa)** Selbst wenn die Vermieterin der Mieterin eine bestimmte Anzahl Quadratmeter zugesichert hätte, ist nicht klar, welche Fläche gemeint war. Der Ortsgebrauch kann eine präzise Definition der Fläche liefern, die an einem bestimmten Ort gemeint ist. Besteht kein Ortsgebrauch, ist nach den allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung zu ermitteln, was unter einer Flächenangabe zu verstehen ist. An und in Gebäuden können verschiedene Flächen gemessen werden. Die Fläche eines Geschosses unter Einschuss sämtlicher Wände, Einbauschränke usw. ergibt eine deutlich grössere Anzahl Quadratmeter als die Fläche, welche als Fussboden betreten werden kann. Weitere Unklarheiten können sich bezüglich der Fläche von Keller und Estrichabteilen, Balkonen usw. ergeben. Haben beide Parteien dieselbe Fläche gemeint, so beeinflusst eine unpräzise Ausdruckweise den Vertragsinhalt nicht, denn in erster Linie ist der übereinstimmende wirkliche Wille ausschlaggebend. Haben die Parteien unterschiedliche Flächen gemeint, wie z.B. mit oder ohne nicht tragende Innenwände, ist ausschlaggebend, ob der Mietvertrag nach dem Vertrauensprinzip im einen oder anderen Sinn verstanden werden darf und muss. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann aber auch ergeben, dass kein normativer Konsens über die Fläche zustande gekommen ist, weil sich dem Vertrag auch unter Würdigung aller Umstände nicht entnehmen lässt, was mit einer Flächenangabe gemeint ist (vgl. ZR 107/2008, S. 93 f., mit Hinweisen).

**bb)** Wie dargelegt, ist vorliegend unbestritten, dass der Mietvertrag keine Angaben über die Mietfläche enthält (vgl. Ziff. 5 lit. b bb). Der Vertrag gibt auch keine Angaben zur Messmethode an. Diesbezüglich hat die Mieterin weder behauptet noch bewiesen, dass die Messmethode bzw. die Flächendefinition überhaupt zur Sprache gekommen ist. Erst ein halbes Jahr, nachdem sie sich über die Mietfläche bei der Vermieterin beschwert hatte, hat sie behauptet, massgebend sei die sogenannte Hauptnutzfläche im Sinne der SIA-Norm 416/2003. Dass dies nicht glaubwürdig ist, zeigt sich bereits daran, dass die Mieterin in ihrer Klage die Fläche nicht gestützt auf besagte SIA-Norm errechnet hat. Wie bereits ausgeführt, waren für die Mieterin andere Merkmale des Ladenlokals wie Lage, Grundriss



und Raumhöhe von Bedeutung. Nachdem sich weder dem Inserat noch dem Vertrag und auch nicht den Materialien entnehmen lässt, was mit der Angabe „Ladenlokal ca. 39 m<sup>2</sup>“ gemeint war, ist im Sinne der vorstehenden Erwägungen kein normativer Konsens über die Fläche bzw. Flächenangabe zustande gekommen.

**d) aa)** Die Mieterin hat in ihrem mündlichen Vortrag mit Hinweis auf die Rechtsprechung ausgeführt, dass insbesondere Geschäftslokale aufgrund des Quadratmeterpreises ausgewählt würden. Für sie sei die im NZZ-Inserat versprochene Anzahl m<sup>2</sup> zwingende Voraussetzung für den Abschluss des Mietvertrages über das streitgegenständliche Lokal gewesen. Sie habe den Quadratmeterpreis des Mietobjektes mit demjenigen anderer Objekte verglichen. Die Vermieterin hielt diesbezüglich fest, dass der Mietzins nicht aufgrund der Fläche berechnet worden sei, sondern für das angebotene Lokal.

**bb)** Wie bereits hiavor dargelegt, enthält der Vertrag weder Angaben über die Fläche noch über die Messmethode. Die Mieterin hat zudem weder behauptet noch bewiesen, dass über den Quadratmeterpreis überhaupt verhandelt worden ist. Des Weiteren ist ihre Behauptung, sie habe den Quadratmeterpreis des streitgegenständlichen Lokals mit demjenigen anderer Objekte verglichen, unbewiesen geblieben. So liegen weder andere Inserate noch Schreiben, mit welchen sie ihr Interesse über bestimmte Mietobjekte bekundet hat, bei den Akten. Die Mieterin hat nicht einmal die Örtlichkeiten der angeblichen Vergleichsobjekte angegeben. Diese Umstände lassen den Schluss zu, dass die Fläche nicht als Berechnungsgrundlage für den Mietzins massgebend war. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Mietzins für das angebotene Lokal festgesetzt worden ist.

**e)** Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vermieterin der Mieterin keine bestimmte Fläche zugesichert hat. Aus diesem Grund kann auch darauf verzichtet werden, den von der Vermieterin offerierten Zeugen einzuvernehmen. Demzufolge ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

**6. a) aa)** Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR). Übergibt der Vermieter die Sache nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen, so kann der Mieter nach den Art. 107 – 109 OR über die Nichterfüllung von Verträgen vorgehen (vgl. Art. 258 Abs. 1 OR). Der Mieter kann die Ansprüche nach den

Art. 259a – 259i OR auch geltend machen, wenn die Sache bei der Übergabe Mängel hat, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch zwar vermindern, aber weder ausschliessen noch erheblich beeinträchtigen (lit. a) und die der Mieter während der Mietdauer auf eigene Kosten beseitigen müsste (lit. b) (vgl. Art. 258 Abs. 3 OR). Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so 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 (vgl. Art. 259d OR).

**bb)** Unterhaltsarbeiten bzw. Reparaturen dienen dazu, die Mietsache in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu erhalten. Sie beinhalten die Behebung von Mängeln oder von Folgen der Abnutzung. Unterhaltsarbeiten fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 260 OR (vgl. LACHAT/WYTENBACH, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Nachdruck 2011, Zürich, Rz. 12/1.1). Bei den Mängeln wird zwischen leichten, mittleren und schweren Mängeln unterschieden. Unter die erste Kategorie fallen solche Mängel, die den vertragsgemässen Gebrauch gesamthaft gesehen überhaupt nicht oder nur unwesentlich (z.B. Schönheitsmangel) beeinträchtigen. Mittlere Mängel sind Mängel, welche den vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache (insgesamt) derart schmälern, dass sie nicht mehr durch Reinigung oder kleine Ausbesserung behoben werden können, jedoch den vertragsgemässen Gebrauch der Sache weder ausschliessen noch derart erheblich beeinträchtigen, dass dem Mieter die Benutzung der Mietsache objektiv nicht mehr zugemutet werden kann. Unter die dritte Kategorie fallen alle Sachverhalte, die den vertraglich festgelegten Gebrauch der Mietsache ausschliessen oder derart schmälern, dass dem Mieter der Gebrauch der Sache objektiv nicht zugemutet werden kann (vgl. HIGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253 – 265 OR, Zürich 1994, N. 39 ff. zu Art. 258 OR). Das Gesetz verlangt keine besondere Schwere des Mangels als Voraussetzung für das Entstehen des Herabsetzungsanspruches. Erfasst sind mit anderen Worten sowohl die schweren als auch die mittleren und leichten Mängel (vgl. HIGI, a.a.O., N. 8 zu Art. 259d OR). Zur Beseitigung des Mangels ist dem Vermieter eine angemessene Frist einzuräumen. Die Dauer dieser Frist ist daher unter anderem vom Charakter des Mangels und der Schwere seiner Auswirkungen sowie dem Umfang der zur Mängelbeseitigung notwendigen Arbeiten abhängig. Bei leichten und mittleren Mängeln steht dem Vermieter mehr Zeit als bei schweren zur Verfügung. Bei leichten Mängeln erscheint eine Frist von 1 – 2 Monaten angemessen (vgl. BISANG et al., Das Schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. A., Zü-

rich/Basel/Genf 2008, N. 11 ff. zu Art. 259b OR, nachfolgend SVIT-Kommentar).

**b) aa)** Die Mieterin hat beantragt, die Vermieterin sei zu verpflichten, die Aussentüre mit einer vor innen verschraubten Rosette zu versehen bzw. falls dies technisch nicht möglich sei, die bestehende Eingangstüre mit einer neuen, von innen verschraubten und mit dem Zylinder bündig verschraubten Rosette zu ersetzen. Gemäss ihrer Versicherung seien eine einbruchshemmende Eingangstüre, eine Aussentüre mit Sicherheits Schloss sowie mit einem auf der Innenseite mit dem Sicherheitsbeschlag bündigen und verschraubten Schliesszylinder Mindestanforderungen für das Versichern von Inhalten von Ladengeschäften. In Anhang zum Mietvertrag habe sich die Vermieterin verpflichtet, die Eingangstüre zu reparieren und bündig zu machen. Die übrigen Voraussetzungen der Versicherung seien erfüllt gewesen. Wegen fehlender Sicherheit habe die Mieterin das Lokal nicht richtig nutzen können, da der Versicherungsschutz gefehlt habe. Gewisse Ausstellungen hätten aus diesem Grund nicht durchgeführt werden können. Die beantragte Reduktion von 7% sei im Vergleich mit den in der Praxis zugesprochenen Reduktionen bescheiden. Diesen Ausführungen hielt die Vermieterin entgegen, sie habe nicht zugesichert, es würde ein Zylinder mit innen verschraubter Rosette angebracht. Es sei Sache der Mieterin, die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen vorzunehmen, wenn sie im Mietlokal Kunstausstellungen durchzuführen beabsichtige. Die Vermieterin habe der Mieterin nur gesagt, sie werde eine Rosette montieren lassen, wenn dies technisch möglich sei. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. Ein Auswechseln der Türe hätte ein Auswechseln der ganzen Fensterfront zur Folge. Zudem sei die Türe vorbestehend gewesen und beim Vertragsabschluss sei dies von der Mieterin nicht beanstandet worden. Gemäss den Ausführungen der Mieterin würde die Versicherung vorschreiben, dass die Türe einbruchshemmend sei. Dies wäre auch nicht der Fall, wenn die Rosette angebracht wäre. Es handle sich um eine normale Glastüre.

**bb)** Im Anhang zum Mietvertrag hat sich die Vermieterin verpflichtet, die Eingangstüre zu reparieren und bündig zu machen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass die Einbruchs-Anlage Sache des Mieters sei. Im Abnahmeprotokoll vom 20. Januar 2011 wurde Folgendes festgehalten: „Sicherheitsrosette ist zu verschrauben von der Innenseite.“ Die Mieterin hat in diesem Zusammenhang anerkannt, dass die Vermieterin die Behebung dieses Mangels in Auftrag gegeben hat. Sie hat ebenfalls anerkannt, dass die entsprechenden Abklärungen ergeben haben, dass aufgrund der Hohlräume die Sicherheit der Türe durch eine Verschraubung

der Rosette von innen nicht wesentlich verbessert werde. Zu mehr, insbesondere zum Ersatz der ganzen Türe, hatte sich die Vermieterin nicht verpflichtet. In diesem Zusammenhang ist noch Folgendes festzuhalten: die Mieterin hat behauptet, wegen der fehlenden bündigen Rosette bestehe kein Versicherungsschutz. Deswegen habe sie diverse hochkarätige Ausstellungen nicht durchführen können. Sie habe das Lokal nie richtig nutzen können. Unbestritten ist – was auch anlässlich des Augenscheins festgestellt werden konnte –, dass die Mieterin im streitgegenständlichen Lokal Ausstellungen durchgeführt hat und weiterhin durchführt. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sie überhaupt hochkarätige Ausstellungen durchführen wollte bzw. dass ihre Galerie für derartige Ausstellungen überhaupt in Frage kam.

**cc)** Die Vermieterin hat die Einvernahme eines Zeugen zum Thema Rosette beantragt. Dieser soll sich zu seinen Abklärungen betreffend die Verschraubung der Rosette von innen äussern. Wie hiervor dargelegt, hat die Mieterin das Resultat der entsprechenden Abklärungen des Zeugen anerkannt, wonach aufgrund der Hohlräume die Sicherheit der Türe durch eine Verschraubung der Rosette von innen nicht wesentlich verbessert werde. Unter diesen Umständen kann auf die beantragte Einvernahme sowie auf die beantragte Expertise verzichtet werden.

**c) aa)** Schliesslich führte die Mieterin aus, dass das Ladenlokal nicht von Mietbeginn weg über eine gebrauchsfähige Sonnenstore verfügt habe. Die defekte Store habe ein miserables Erscheinungsbild für ein Ladengeschäft in X abgegeben. Die Mieterin habe beinahe 12 Monate seit Mietbeginn den Mangel hinnehmen müssen, bis dieser schliesslich im November 2011 behoben worden sei. Es treffe nicht zu, dass der Mangel nur bei ganz ausgefahrener Store sichtbar gewesen sei. Auf diese Behauptungen entgegnete die Vermieterin, dass der Mieterin kein Zeitpunkt für den Ersatz der Sonnenstore zugesichert worden sei. Das Ladenlokal habe von Anfang an über eine gebrauchsfähige Sonnenstore verfügt. Der Riss in der Sonnenstore sei nur wahrnehmbar gewesen, wenn die Store ganz ausgefahren worden sei. Dies sei aufgrund der Örtlichkeiten gar nicht möglich, sodass der Riss nicht sichtbar gewesen sei. Im Herbst 2011 sei das Gebäude umfassend saniert worden. Vor der Sanierung der Sonnenstore sei das Gebäude teilweise eingerüstet gewesen. Die Mieterin habe in dieser Zeit eine Mietzinsreduktion erhalten. Sie habe nicht bewiesen, dass die Sonnenstore nicht gebrauchsfähig gewesen sei.

**bb)** Vorliegend ist unter den Parteien unbestritten, dass die Sonnenstore defekt war und dass sich die Vermieterin vertraglich verpflichtet hatte, diese zu ersetzen. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Vermieterin keinen

genauen Zeitpunkt für den Ersatz der Store zugesichert, sondern festgehalten hatte, dies erfolge je nach Lieferfrist derselben. Aufgrund der bei den Akten liegenden Aufnahmen steht fest, dass die Store links und rechts zwei Risse hatte. Auf der rechten Seite, vom Laden aus gesehen, reichte der Riss von unten bis oben, während derjenige auf der linken Seite im unteren Bereich eine Länge von 30 – 40 cm aufwies. Aufgrund dieser Umstände steht fest, dass die Risse nicht erst dann wahrzunehmen waren, wenn die Store ganz ausgefahren war. Die defekte Store ist als Schönheitsmangel und mithin als leichter Mangel zu qualifizieren (vgl. ZÜST, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, in; mp 2/04, S. 75). Im Sinne der vorstehenden Ausführungen erscheint eine Frist für die Mängelbeseitigung von 1 – 2 Monaten als angemessen. Die Sonnenstore ist gemäss den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Mieterin im November (recte: Februar) 2011 montiert und am 21. November 2011 gebrauchsbereit gestellt worden. Der von der Vermieterin eingebrachte Einwand, das Gebäude sei im Herbst 2011 eingerüstet und umfassend saniert worden, ist vorliegend nicht zu hören. Denn die Mieterin verlangt eine Reduktion nur bis zum 21. November 2011. Demzufolge steht der Mieterin für die Zeit vom 1. Februar 2011 bis 21. November 2011 ein Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses zu.

**cc)** Die Höhe des Herabsetzungsanspruches des Mieters ist grundsätzlich nach der relativen Methode zu bestimmen. Wenn sich der objektive Wert der mangelbehafteten Sache nicht genau bestimmen lässt, so ist eine Schätzung nach Billigkeitsregeln, allgemeiner Lebenserfahrung, gesundem Menschenverstand und anhand der Kasuistik aus der Rechtsprechung zulässig (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 14 zu 259d OR). In der Praxis ist eine verschmutzte Sonnenstore ausserhalb eines Kleidergeschäfts als Schönheitsmangel und somit als leichter Mangel qualifiziert und eine Herabsetzung des Mietzinses von 3% als angemessen erachtet worden (vgl. ZÜST, a.a.O., S. 75). Wie dargelegt, war im vorliegenden Fall die Sonnenstore an den beiden Rändern zerrissen, weshalb von einem Schönheitsmangel resp. leichten Mangel auszugehen ist. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich die Reduktion des Mietzinses auf 3% festzusetzen.

**dd)** Aufgrund des Gesagten hat die Mieterin Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses um 3% für die Zeit vom 1. Februar bis 21. November 2011 ( $\frac{9}{3}$  Monate). Ausgehend vom vertraglich vereinbarten Mietzins von Fr. 3750.–, bedeutet dies, dass die Reduktion Fr. 1087.50 beträgt (Fr. 3750.– x  $\frac{9}{3}$  Mt. x 3%). Die Klage ist deshalb in diesem Umfang gutzuheissen.

(Entscheid des Bezirksgerichts Maloja vom 10. April 2013)

## Art. 259d OR

# 3. Mängel der gemieteten Geschäftsräume

Ein Herabsetzungsanspruch gemäss Artikel 259d OR besteht entgegen dem Wortlaut bereits dann, wenn der Mietsache eine Eigenschaft fehlt, welche nicht oder nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Gebrauchstauglichkeit steht, sondern aus anderen Gründen Gegenstand der Vereinbarung bildete. Das Vorliegen eines Mangels wurde bejaht, da die zugesicherte Mietfläche nicht der tatsächlich vorhandenen Fläche entsprach. Die Berufung auf die offensichtliche Erkennbarkeit der Minderfläche war nicht möglich. Der Umfang der Herabsetzung wurde nach der relativen Methode berechnet. Als Mangel gilt u. a. die ungenügende Heizung, ungenügende Isolation, Kondenswasser oder übermässige Feuchtigkeit. Ein Mangel wurde bejaht, da ein Raum wegen der niedrigen Temperatur nicht als Verkaufsraum benutzt werden konnte. Für die Bestimmung des Umfangs der Herabsetzung sind objektive Kriterien massgebend.

## Sachverhalt

Die Mieterin mietete ab dem 1. Oktober 2007 Geschäftsräume im Erdgeschoss, 1. Obergeschoss und 2. Obergeschoss einer Liegenschaft. Der monatliche Mietzins belief sich auf Fr. 8810.–, zuzüglich Fr. 550.– Nebenkosten.

Im Schreiben vom 16. Februar 2009 teilte die Mieterin der Beklagten mit, dass im hinteren Verkaufsraum Mängel bestünden und effektiv eine kleinere Fläche nutzbar sei als im Mietvertrag vom 19. Juli 2007 angegeben. Die Mieterin verlangte eine Mietzinsreduktion.

Am 23. September 2010 wendete sich die Mieterin an die zuständige Schlichtungsbehörde. Sie stellte den Antrag, dass der monatliche Mietzins von Fr. 8810.– rückwirkend seit dem 1. Oktober 2007 um monatlich Fr. 1740.50 herabzusetzen sei. Der Mieterin wurde im Anschluss an die unvermittelt beendete Einigungsverhandlung am 19. Januar 2011 der Weisungsschein ausgestellt.

In der Klage vom 17. Februar 2011 beantragte die Mieterin eine Herabsetzung des monatlichen Mietzinses von Fr. 8810.– um Fr. 1740.50, rückwirkend ab 1. Januar 2008. Die Klageantwort der Vermieterin vom 6. April 2011 lautete auf Abweisung der Klage. In der Replik bzw. Duplik wurden die Anträge und Ausführungen aufrechterhalten.

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 30. Januar 2012 wurden zwei Personen als Zeugen befragt. Die Parteien schlossen eine Vereinbarung ab, welche einen Widerrufsvorbehalt enthielt. In der Eingabe vom 8. Februar 2012 widerrief die Vermieterin die Vereinbarung. Auf eine Hauptverhandlung wurde von Seiten der Parteien verzichtet. Die Mieterin und die Vermieterin reichten jeweils einen schriftlichen Schlussvortrag ein.

## **Aus den Erwägungen**

**3.2.1** Das Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt nach dem wirklichen Willen der Parteien (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen, muss das Gericht sich damit begnügen, durch objektivierte („normative“) Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat das Gericht das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt ha-

ben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten (normativen) Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2008, N. 1200 ff., mit Hinweis auf BGE 119 II 372 u.a.). Das primäre Auslegungsmittel ist der Wortlaut der von den Parteien verwendeten Worte. Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses verwendet haben. Der einzelne Ausdruck ist stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen (systematisches Element). Zu den Umständen als ergänzende Auslegungsmittel gehören insbesondere das Verhalten der Parteien vor Vertragsabschluss, insbesondere die Vertragsverhandlungen und Vertragsentwürfe, die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss und das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss, namentlich Erfüllungshandlungen der Parteien. Die Auslegung mit letztgenanntem Mittel führt nach der Rechtsprechung zur Feststellung des wirklichen Parteiwillens und ist demnach für die Auslegung nach Vertrauensprinzip ohne Bedeutung (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 1206 ff. mit Hinweis auf BGE 129 III 680, 132 III 632 und 133 III 67). Im Verhältnis zu den ergänzenden Auslegungsmitteln kommt dem Wortlaut ein Vorrang zu in dem Sinne, dass wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, es beim Wortlaut sein Bewenden hat (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 1220).

**3.2.2** Es ist also zu prüfen, ob die im Mietvertrag erwähnte Fläche eine zugesicherte Eigenschaft des Mietobjektes darstellt, oder – wie die Vermieterin vorbringt – nur informeller Natur ist.

Wenn die Grösse des Mietobjektes im beiderseits unterschriebenen Vertrag in Quadratmetern aufgeführt ist, gehört die Fläche zum wesentlichen Vertragsinhalt (GASCHE, Die Mietfläche von Wohn- und Geschäftsräumen, in: mp 2001, S. 2). Vorliegend ist die Mietfläche in den Vertrag aufgenommen worden und ist damit Vertragsinhalt. Die genaue Fläche ist vor allem bei Geschäftsmieten von Bedeutung, wo der Mietpreis in aller Regel pro Quadratmeter bezahlt wird (GASCHE, a.a.O., S. 5). Obwohl die



Parteien keinen Mietpreis pro Quadratmeter vereinbart haben, ist die Flächenangabe gleichwohl von grosser Bedeutung, ermöglicht sie der Mieterin doch erst die Vergleichbarkeit des Mietobjekts mit anderen Mietobjekten. Bei Büro-, Verkauf- oder Ausstellungslokalen ist die Mietfläche ein wichtiges Merkmal des Mietobjektes, im Gegensatz zu Wohnungen wo für den Mieter vorwiegend die Anzahl der Räume massgebend ist. Bei Geschäftsräumen ist die Fläche sodann ein wesentliches Kriterium, um abzuschätzen, ob der verlangte Mietzins in der Region marktgerecht ist (Urteil BGer 4C.5/2001 vom 16.3.2001 E. 3a; BGE 135 III 537 E. 2.2).

In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Flächenangabe könne nur dann als zugesicherte Eigenschaft gelten, wenn die Messmethode für die Flächenberechnung ebenfalls vereinbart worden ist (vgl. GASCHÉ, a.a.O., S. 4). Wenn die Art und Weise der Flächenbestimmung eindeutig ist, ist von einer zugesicherten Eigenschaft auszugehen (LACHAT et al., Mietrecht für die Praxis, 2009, S. 143 f.; Urteil BGer 4A\_417/2007 vom 14.2.2008). Die Vermieterin legte der Mieterin Umbaupläne im Massstab 1:50 vor, aus welchen die ihres Erachtens tatsächlichen Flächen hervorgehen. Die Mieterin hat diese Pläne nicht zurückgewiesen, sondern sie ihrerseits für ihre Planung verwendet. Somit kann die Art und Weise der Flächenberechnung ohne Weiteres festgestellt werden, zumal keine Unsicherheitsfaktoren wie Dachschrägen oder Einbauschränke bestehen. Die im Mietvertrag aufgeführte Fläche stellt eine zugesicherte Eigenschaft der Mietsache dar.

...

**3.4.1** Wie eingangs ausgeführt, sieht Art. 259d OR eine Herabsetzung des Mietzinses vor, wenn die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert ist. Entgegen dem Wortlaut ist nicht vorausgesetzt, dass die Mietsache an einem Mangel leidet, welcher deren Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch beschlägt. Der Herabsetzungsanspruch ist vielmehr auch dort gegeben, wo der Mietsache eine Eigenschaft fehlt, die mit der Gebrauchstauglichkeit nichts oder nicht unmittelbar etwas zu tun hat, sondern aus anderen Gründen vereinbart worden ist (vgl. SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, N. 4 zu Art. 259d OR). Sämtliche Mängel, für die der Vermieter gemäss Art. 259a OR einzustehen hat, geben Anspruch auf Mietzinsminderung (WEBER, Basler Kommentar, 2011, N 2 zu Art. 259d OR; vgl. LACHAT et al., a.a.O., S. 170 f.). Ob ein Mangel vorliegt, ergibt sich aus dem Vergleich des tatsächlichen Zustandes der Mietsache mit dem Zustand, wie er vereinbart bzw. nach den Umständen zu erwarten oder zugesichert war (LACHAT et al., a.a.O., S. 138). Ein Mangel liegt vor, wenn die im Ver-

trag zugesicherte Mietfläche nicht jener entspricht, welche tatsächlich vorhanden ist (BGE 135 III 537 ff. E. 2.2; BGE 113 II 25 E. 1 S. 27 ff.). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Berufung auf die Mangelhaftigkeit ausgeschlossen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Fläche des Mietobjektes kleiner ist, als im Mietvertrag erwähnt (LACHAT et al., a.a.O., S. 143 f. mit weiteren Hinweisen).

Wie bereits festgehalten wurde, erhoben die Parteien die Fläche zum Vertragsinhalt. Die Vermieterin kann sich nicht darauf berufen, die Minderfläche sei offensichtlich erkennbar gewesen. Somit liegt ein Mangel vor, der zur Herabsetzung des Mietzinses berechtigt.

**3.4.2** Der Umfang der Herabsetzung wird nach der relativen Methode berechnet. Man vergleicht den aktuellen, mit dem vertragskonformen Zustand. Der Mietzins ist im gleichen prozentualen Verhältnis herabzusetzen, wie der aktuelle Zustand gegenüber den vereinbarten Zustand infolge der Beeinträchtigung vermindert ist, womit das Gleichgewicht zwischen den vertraglichen Leistungen wieder hergestellt werden soll. Massgebend für die Bemessung der Mietzinsherabsetzung sind objektive Kriterien. Bezieht sich der Mangel auf eine falsche Flächenangabe, so berechnet sich die Mietzinsreduktion im Verhältnis zwischen der im Vertrag angegebenen und der tatsächlich vorhandenen Fläche des Mietobjektes (LACHAT et al., a.a.O., S. 173 f.). Wenn die Flächenangaben im Mietvertrag aber nicht exakt sind, rechtfertigt sich ein Abzug in der Größenordnung von 3% (vgl. Urteil Cour de justice Genf vom 6. Dezember 1996, in: mp 1998 S. 24 f.). Entgegen den Ausführungen der Vermieterin wurden im Mietvertrag keine ca.-Werte angegeben.

...

#### **4.2.2 ...**

Die Vermieterin bestreitet mit Verweis auf den vorgesehenen Verwendungszweck des Raumes, dass ein Mangel vorliegt. Das Erdgeschoss wird in der Vermietungsdokumentation einheitlich als Ladenfläche und im Mietvertrag als Verkaufsgeschäft bezeichnet. Die Fläche gliedert sich in mehrere Räume, welche zusammen 108.4 m<sup>2</sup> messen. Davon entfallen 26.4 m<sup>2</sup> auf den Raum im hinteren Teil und 80 m<sup>2</sup> auf den Verkaufsraum im vordern Teil. Für die gesamte Fläche fordert die Vermieterin einen einheitlichen Mietzins. Somit ist davon auszugehen, dass es sich beim besagten Raum um eine Verkaufsfläche handelt. In einem gebrauchstauglichen Zustand befinden sich solche Räumlichkeiten, wenn sie tatsächlich für diesen Zweck genutzt werden können. Dies ist hier offensichtlich nicht der Fall, geben die einvernommenen Zeuginnen doch übereinstim-

mend an, es sei zu kalt, um den Raum als Schulungsraum zu benutzen, bzw. um im Raum während längerer Zeit etwas machen zu können. Damit steht fest, dass der besagte Raum sich nicht in dem Zustand befindet, welcher von einem Verkaufsraum oder Ladenlokal erwartet werden darf. Es liegt somit ein Mangel vor. Nicht von Belang ist in diesem Zusammenhang, für welchen Zweck die Mieterin den Raum benutzen wollte.

**4.3** Ein Mangel rechtfertigt die Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 259d OR. Der Umfang der Herabsetzung beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Abzustellen ist insbesondere auf die Art und die Beschaffenheit des Mietobjektes, die Art des Mangels bzw. der Beeinträchtigung sowie den vereinbarten Gebrauch, wozu auch die zugesicherten Eigenschaften gehören, nicht aber subjektive, in der Person des Mieters liegende Umstände (LACHAT et al., a.a.O., S. 173). Es ist mithin bei einem Ausfall des Personenlifts gleichgültig, ob der Mieter der Wohnung im 5. Stock eine 30- oder aber eine 80-jährige Person ist, oder ob er den Lift bis dahin ständig, bloss gelegentlich oder gar nicht benützte. Auf solche subjektive Umstände könnte nur abgestellt werden, wenn im Mietvertrag entsprechende Regelungen in Form von ausdrücklichen Zusicherungen enthalten sind (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 19 zu Art. 259d OR). Die Herabsetzung hat dem Mass der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit zu entsprechen. Wo die Bemessung der Mietzinsherabsetzung nicht einfach anhand objektiver Kriterien erfolgen kann, ist die Herabsetzung nach den Regeln der Billigkeit, der allgemeinen Lebenserfahrung, des gesunden Menschenverstandes sowie anhand der Kasuistik zu bestimmen (SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 16 f. zu Art. 259d OR).

(Urteil des Bezirksgerichts Luzern vom 17. Juni 2013)

## Art. 271a OR

# 4. Rachekündigung oder Kündigung aus dringendem Eigenbedarf?

**Kündigung wegen dringendem Eigenbedarf. Der Eigenbedarf zum Zeitpunkt der Kündigung war hinreichend glaubhaft gemacht. Da der Eigenbedarf aber nachträglich dahingefallen war, verhält sich die Vermieterschaft treuwidrig, wenn sie nach wie vor an diesem festhält.**

**Berechnung des Streitwerts bei Kündigungsanfechtungen.**

## Sachverhalt

Die Mieterin und der Mieter schlossen am 5. September 2011 einen Mietvertrag über ein Einfamilienhaus, zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 2900.–, ab. Mietbeginn war der 1. Oktober 2011, der früheste Kündigungstermin der 30. September 2012. Die Mieterin und der Mieter beabsichtigten, das Einfamilienhaus zu kaufen. Zwischen den Parteien war zwar wiederholt die Rede vom Abschluss eines Kaufrechts- bzw. Vorkaufsvertrages, doch wurde ein solcher nie formgültig begründet. Bereits kurz nach dem Einzug stellten die Mieterin und der Mieter Mängel am Mietobjekt fest und rügten diese. Die Vermieterschaft kündigte das Mietverhältnis am 17. Februar 2012 mit Wirkung auf den 30. September 2012. Die Mieterin und der Mieter ersuchten um die Begründung der Kündigung, welche mit dringendem Eigenbedarf des Soh-

nes angegeben wurde. Die Mieterin und der Mieter sind jedoch der Ansicht, dass es sich um eine Rache Kündigung handelt und fochten die Kündigung am 8. März 2012 fristgerecht an. Die Schlichtungsverhandlung blieb ohne Erfolg, weshalb die Mieterin und der Mieter fristgerecht Klage bei der Einzelrichterin des Kantonsgerichts einreichten.

## Aus den Erwägungen

**1.3** Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei allfällige Eventualbegehren nicht hinzugerechnet werden. Bei Streit um die Gültigkeit einer Kündigung berechnet sich der Streitwert nach dem Zeitraum, während dem der Mietvertrag fort dauerte bzw. dem Zeitpunkt, auf welchen gekündigt werden könnte, wäre die Kündigung nicht gültig. Dabei ist insbesondere die dreijährige Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen (DIGGELMANN, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Alexander Brunner, Dominik Gasser und Ivo Schwander [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2011, Art. 91 N 43; LACHAT, Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 96; BGE 137 III 389 = Pra 2012 Nr. 6 E. 1.1.). Diese Sperrfrist beginnt erst mit dem (endgültigen) Abschluss des Verfahrens zu laufen. Der Streitwert muss aber schon zu Beginn des Verfahrens bestimmbar sein. Bei Klageeinleitung ist jedoch praktisch nicht abschätzbar, auf welchen Termin das Mietverhältnis später gekündigt werden kann. Zusätzlich zur gesetzlichen Kündigungsfrist muss also noch eine geschätzte durchschnittliche Verfahrensdauer berücksichtigt werden (TH. KOLLER, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 2013, [recte] Bd I, S. 31 ff. zu BGE 137 III 389). Das Obergericht Bern setzt diese normierte Verfahrensdauer mit 6 Monaten an ([http://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/content/dam/documents/Justice/OG/de/KS\\_ZA/Streitwertberechnung\\_bei\\_Exmissionsentscheiden.pdf](http://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/content/dam/documents/Justice/OG/de/KS_ZA/Streitwertberechnung_bei_Exmissionsentscheiden.pdf) [21.6.2011] zuletzt besucht am 18. Juli 2013), was auch für Verfahren vor dem Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden sinnvoll erscheint.

Die Klage wurde am 27. April 2012 eingeleitet. Zu diesem Datum hinzuzurechnen sind gemäss der obigen Ausführungen 6 Monate für die geschätzte durchschnittliche Verfahrensdauer sowie die Sperrfrist von 36 Monaten. Das Mietverhältnis könnte somit frühestens am 27. Oktober 2015 gekündigt werden unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist. Daraus folgt, dass das Mietverhältnis frühestens per 31. März 2016

aufgelöst werden könnte. Vorliegend wurde das Mietverhältnis ordentlich auf den laut Vertrag frühest möglichen Termin, nämlich den 30. September 2012 gekündigt. Die Differenz zum frühesten Kündigungstermin unter Einhaltung der Sperrfrist und der Verfahrensdauer beträgt somit 42 Monate. Bei einem monatlichen Nettomietzins von CHF 2900.– beträgt der Streitwert folglich Fr. 121 800.–.

## 2. Gültigkeit der Kündigung

**2.1** Die Kündigung des Mietvertrages durch die Vermieterschaft erfolgte am 17. Februar 2012 mit jeweils separat an die Mieterin und den Mieter zugestelltem amtlichen Formular auf den 30. September 2012 und damit auf den frühest möglichen vertraglich vereinbarten Kündigungstermin. Es handelt sich dabei um eine frist- und formgerecht ausgesprochene ordentliche Kündigung im Sinne von Art. 266a Abs. 2 i.V.m. Art. 266l und Art. 266n OR. Dies wird von den Parteien auch nicht bestritten.

**2.2** Die Mieterin und der Mieter sind jedoch der Meinung, dass die Begründung der Kündigung, nämlich dass dringender Eigenbedarf des Sohnes [der Gesellschafterin der Vermieterschaft] bestehe, nicht zutrifft, weshalb sie die erfolgte Kündigung als missbräuchlich ansehen. Die Mieterin und der Mieter sind darüber hinaus der Ansicht, dass eine Rache-kündigung vorliegt aufgrund der von ihnen wiederholt gegenüber der Vermieterschaft geäusserten Mängelrügen am Mietobjekt. Die Vermieterschaft hielt dagegen stets daran fest, dass die Kündigung aufgrund des dringenden Eigenbedarfs von X, Sohn der Gesellschafterin der Vermieterschaft, erfolgte. X habe sich nach intensiver, aber erfolgloser Suche nach einem Einfamilienhaus in A entschlossen, in das an die Mieterin und den Mieter vermietete Einfamilienhaus zu ziehen. Die Vermieterschaft schloss ausserdem aus dem Verhalten der Mieter, dass diese das Interesse am Abschluss eines Kaufrechtsvertrags verloren hatten.

**2.3** Aus den Akten geht einerseits hervor, dass die Mieterin und der Mieter der Vermieterschaft mit E-Mail vom 15. Januar 2012 einen Mietzins-rückbehalt sowie die Kündigung androhten, sollten die noch offenen Arbeiten am Mietobjekt nicht bis Ende Monat nicht abgeschlossen sein. Andererseits war die Vermieterschaft stets sehr bemüht, die geltend gemachten Mängel rasch zu beheben.

**2.4** X wurde am 31. Januar 2013 durch die Einzelrichterin als Zeuge ein-vernommen. Er konnte dabei zwar glaubwürdig aufzeigen, dass er tatsächlich lange nach einem Einfamilienhaus oder nach einer dafür geeigneten Parzelle in A gesucht hatte. Im November 2012 war er fündig ge-

worden und konnte in A ein Haus kaufen, das er umbaut. Das Haus wird voraussichtlich per Ende 2013 bezugsbereit sein.

**2.5** Die Mieterin und der Mieter erklärten in ihrer Stellungnahme zu dieser Zeugeneinvernahme, dass der von der Vermieterschaft geltend gemachte Eigenbedarf spätestens ab dem Einzugsdatum von X in sein Haus dahinfalle. Die Mieterin und der Mieter sind der Ansicht, dass die Vermieterschaft konsequenterweise, wäre der geltend gemachte Eigenbedarf das tatsächliche Kündigungsmotiv, auf die Kündigung hätten zurückkommen und das Mietverhältnis hätten fortsetzen müssen. Die Vermieterschaft hält demgegenüber den geltend gemachten Eigenbedarf für X für erstellt und den Gegenbeweis dafür, dass keine Rache Kündigung vorliegt, für erbracht.

**2.6** Gemäss Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn die gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Nach Art. 271a Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung durch den Vermieter u.a. auch anfechtbar, wenn die ausgesprochen wird, weil der Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht. Dabei handelt es sich um eine sogenannte Rache- oder Vergeltungskündigung (LACHAT, Mietrecht für die Praxis, Zürich 2009, S. 611). Kündigungen sind – negativ ausgedrückt – immer zulässig, wenn sie weder die in Art. 271a OR aufgezählten Voraussetzungen erfüllen noch in anderer Weise, jedoch ähnlich qualifiziert, den Missbrauchsanforderungen von Art. 271 OR entsprechen. Kündigungen sind – positiv ausgedrückt – also stets zulässig, wenn sie einem Objektiv ernsthaften und schutzwürdigem Motiv und damit einem legitimen Interesse des Kündigenden entsprechen, das Mietverhältnis zu beenden und keine Sperrfrist i.S.v. Art. 271a Abs. 1 lit. d und e OR läuft. Ein besonders grosses Interesse oder die Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses sind dagegen nicht erforderlich. Eine Interessenabwägung ist ebenso wenig vorzunehmen (SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, 2008, Art. 271 N 25 f.) Eigenbedarf des Vermieters für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte, wie auch für Arbeitnehmer, Freunde, Bekannte oder Geschäftspartner stellt einen zulässigen Kündigungsgrund dar (SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, 2008, Art. 271 N 32).

In der Lehre umstritten ist, wie nachträglich weggefallene Gründe zu behandeln sind. Laut WEBER plädiert CALAMO für eine Ungültigkeit der Kündigung, währenddem HIGI der Ansicht ist, dass eine nach Treu und Glauben ausgesprochene Kündigung nicht nachträglich zur treuwidrigen werden könne. WEBER selbst kommt zum Schluss, dass das Festhalten an einem Kündigungsgrund, der nachträglich weggefallen ist, treuwidrig ist.

Denn Zweck des Kündigungsschutzes ist, das Bestandesinteresse des Mieters gegen eine nutzlose Rechtsausübung zu schützen. Folglich ist einer ursprünglich gültigen Kündigung nach Wegfall des Kündigungsgrundes die rechtliche Wirkung zu versagen. Daneben kann das Festhalten an einer nutzlos gewordenen Kündigung auch ein Indiz für die Treuwidrigkeit derselben bilden. Denn wer sich derart unvernünftig verhält, setzt sich dem Verdacht aus, das angegebene Kündigungsmotiv sei nicht das wirkliche oder zumindest nicht das einzige gewesen (WEBER, Basler Kommentar OR I, Basel 2011, Art 271/271a N 33a mit Verweis auf CALAMO und HIGI).

Der Kündigende hat die Verwirklichung des bestrittenen Kündigungsgrundes zu beweisen, wobei es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt, dass der Kündigende die Gründe zumindest glaubhaft macht (SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, 2008, Art. 271 N 40a mit weiteren Hinweisen). Dem Kündigungsempfänger obliegt hingegen der Beweis für die Tatsachen, aus denen er die Missbräuchlichkeit ableitet (SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, 2008, 271 N 40b m.w.H.). Der Zusammenhang zwischen Willensentschluss und Kündigung ist aufgrund von Indizien zu ermitteln. Der Grundsatz ist jedoch, dass die Missbräuchlichkeit der Kündigung vom Kündigungsempfänger zu beweisen ist (SVIT, Das Schweizerische Mietrecht, 2008, Art. 271 N 38).

**2.7** Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein ziemlich enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den Mängelrügen, der Androhung sowohl der Mietzinshinterlegung als auch der Kündigung durch die Mieterin und den Mieter einerseits und der durch die Vermieterschaft ausgesprochenen Kündigung andererseits besteht. Zwischen diesen beiden Ereignissen liegt lediglich knapp ein Monat, was für eine Rache Kündigung sprechen könnte. Andererseits sind auch die Bemühungen der Vermieterschaft um Mängelbeseitigung zu berücksichtigen. Die Zeugenaussage von X belegt dessen Suchbemühungen und Hoffnungen, ein Objekt im massgeblichen Zeitraum von September 2011 bis Februar 2012 zu finden. Da im gleichen Zeitpunkt die Mieterin und der Mieter klar signalisierten, dass ihnen Verschiedenes am Miet-/Kaufobjekt nicht passte und sogar mit der Kündigung drohten, ist die Schlussfolgerung der Vermieterschaft nachvollziehbar, dass es wohl nicht zum Abschluss des angestrebten Kaufvertrags kommen werde und durch die fristgerechte Kündigung der frustrierenden Suche des Sohnes ein Ende gesetzt werden könnte. Es gibt also nicht nur den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Geltendmachung von Mängelrechten durch die Mieterin und den Mieter, sondern auch einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem – damals endgültigen –



Scheitern von mehreren Versuchen von X, ein Baugrundstück oder Haus zu finden und dem von der Mieterin und dem Mieter signalisierten Desinteresse am Abschluss eines Kaufrechtsvertrags. Damit ist hinreichend glaubhaft gemacht, dass zum Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich dringender Eigenbedarf bestand. Da X allerdings im November 2012 ein anderes Haus für sich und seine Familie erwerben konnte, ist dieser an sich zulässige Kündigungsgrund nachträglich weggefallen. Die Vermieterschaft nannte keinen anderen Grund, der ihr Interesse an der Auflösung des Mietverhältnisses begründen könnte. Indem die Vermieterschaft auch nach dem Wegfall des dringenden Eigenbedarfs explizit an diesem festhielt und kein anderes Interesse für die Auflösung des Mietvertrages geltend machte und auch kein solches ersichtlich ist, verhielt sie sich treuwidrig. Die Kündigung des Einfamilienhauses durch die Vermieterschaft war somit ungültig, weshalb das Mietverhältnis nach wie vor fortbesteht. Die Klage ist daher im Hauptbegehren gutzuheissen. Das Eventualbegehren ist damit nicht mehr zu prüfen.

(Entscheid des Kantonsgerichts von Appenzell Ausserrhoden vom 14. Mai 2013)

Art. 266n CO

Art. 1 al. 2 CCR

## 5. Mise en demeure – paiement du loyer trimestriel

**La mise en demeure de l'art. 1 al. 2 CCR est semblable à la protestation de l'art. 257f al. 3 CO. En effet, elle ne contient en général pas de menace de résiliation et ne vise à tout le moins pas directement une telle issue, mais bien plutôt un changement de la part du locataire sous forme de paiements plus réguliers. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la mise en demeure de l'art. 1 al. 2 CCR ne doit pas obligatoirement être adressée au conjoint du locataire pour être valable.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 5,5 pièces à C. A diverses reprises, en 2005, 2006, 2007 et 2008, la bailleresse a menacé les locataires d'introduire des poursuites pour des loyers impayés.

Par courrier recommandé du 15 avril 2009, la bailleresse, constatant l'absence du paiement du loyer de mars 2009 dans le délai imparti auparavant, a informé les locataires de ce que le paiement de la location était dû par versement trimestriel, payable d'avance à compter du 1<sup>er</sup> mai 2009.

Par avis comminatoires du 11 novembre 2010, la bailleuse a mis en demeure les locataires de lui régler l'arriéré du loyer. Elle a en outre informé les locataires de son intention, à défaut de paiement de la somme réclamée dans le délai imparti, de résilier le bail.

Constatant que le loyer n'avait pas été intégralement réglé dans le délai imparti, la bailleuse a, par avis officiels du 27 décembre 2010, résilié le bail pour le 31 janvier 2011.

Par requêtes déposées les 4 et 28 janvier 2011 auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, les locataires ont contesté cette résiliation. Par jugement du 26 avril 2012, le Tribunal a constaté la validité du congé du 27 décembre 2010. Par acte du 4 juin 2012, les locataires ont formé appel de ce jugement.

## **Extrait des considérants**

**2.1** Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu que le paiement des loyers par trimestres avait été introduit par l'intimée valablement, conformément aux art. 1 al. 2 et 11.2 du contrat-cadre romand de baux à loyer du 12 décembre 2007 (ci-après : CCR), déclaré de force obligatoire dans le canton de Genève pour les habitations depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008 conformément à l'arrêté du Conseil fédéral du 25 juin 2008 relatif à la déclaration obligatoire générale du contrat cadre-romand de baux à loyer et à la dérogation aux dispositions impératives du droit du bail (ci-après : arrêté du Conseil fédéral). Selon lui, l'intimée n'avait pas l'obligation d'adresser à la locataire, épouse du locataire habitant avec lui l'appartement, la mise en demeure du 12 mars 2009 et le courrier du 15 avril 2009, relatifs au paiement trimestriel.

Les appelants font valoir que l'exigence de la notification de communications au conjoint prévue par l'art. 11.2 CCR vaut aussi pour les communications relatives au paiement trimestriel des loyers. D'après eux, faute d'avoir été notifiées à la locataire, les lettres de l'intimée des 12 mars et 15 avril 2009 n'ont pas valablement été notifiées, de sorte que l'intimée ne pouvait pas exiger que les locataires paient leurs loyers par trimestre et qu'ils n'étaient ainsi pas en retard dans leurs versements à la date de la mise en demeure du 11 novembre 2010, ni à celle de la résiliation du 27 décembre 2010.

**2.2** A teneur de l'art. 1 CCR, qui déroge à l'art. 257c CO – lequel est de droit dispositif – et qui a été déclaré de force obligatoire générale, 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 (al. 1) ; 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 les loyers, 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 (al. 2).

L'application de l'al. 2 de cette disposition paritaire a été admise par le Tribunal fédéral (arrêt 4C.347/2004 du 9 novembre 2004 consid. 3 ; ROSSINELLI, Les contrats-cadres de baux à loyers : force obligatoire et champ d'application, in 16<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail [Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel], 2010, p. 161 ss, spéc. n. 65 ss).

**2.3** L'article 11.2 al. 1 CCR, qui se réfère à l'art. 266n CO et qui a été déclaré de force obligatoire générale, dispose que le bailleur ne peut signifier valablement la résiliation ou d'autres communications aux locataires en relation avec la fin du bail que si elles sont adressées par écrit, sous deux plis séparés, à chacun des conjoints, la résiliation devant en outre être adressée sur formule officielle.

En vertu de l'art. 266n CO, le congé donné par le bailleur ainsi que la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation (art. 257d CO) doivent être communiqués séparément au locataire et à son partenaire enregistré. Selon l'art. 266o CO, un congé qui ne satisfait pas à ces conditions est nul.

Conformément à l'art. 3 al. 3 let. a de la loi fédérale du 23 juin 1995 sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (ci-après : LCBD – RS 221.213.15), le CCR ne peut pas déroger à l'art. 266n CO (cf. aussi ROSSINELLI, op. cit., n. 19). Cette disposition légale est de droit absolument impératif (BARRELET, in Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, 2010, n. 2 ad art. 266n CO ; LACHAT, Le bail à loyer, 2008, p. 633), ce qui signifie qu'il est exclu d'y déroger, en faveur du bailleur ou du locataire (IDEM, op. cit., p. 96). La systématique de l'art. 3 LCBD ne permet pas d'admettre une dérogation à cette règle légale absolument impérative en faveur du seul locataire et de son conjoint, qui « *[leur offrirait] une protection pour le moins équivalente à celle du droit ordinaire contre les loyers abusifs, d'autres prétentions abusives et contre les résiliations]* » (al. 1 let. b), puisque l'al. 3, vu l'emploi du terme « cependant », constitue une exception aux règles prévues aux al. 1 et 2. L'art. 11.2 al. 1 CCR ne saurait donc circonscrire ou

compléter le champ d'application de l'art. 266n CO, mais ne peut que le préciser, ce tant dans l'intérêt du bailleur que du locataire (cf., par analogie, arrêt du Tribunal fédéral 4A\_570/2008 du 19 mai 2009 consid. 3.3.3 ; ROSSINELLI, op. cit., n. 31 [p. 176], 46 ss et 77 ss ; SULLIGER/ANSERMET, Le contrat-cadre romand de baux à loyer et les dispositions paritaires romandes et règles et usages locatifs du canton de Vaud, in CdB 2002 p. 97 ss, spéc. p. 108 ch. 1.39).

**2.4** A la connaissance de la Cour, aucune jurisprudence définitive n'a été rendue concernant une éventuelle obligation du bailleur de notifier séparément aux deux époux locataires ou au conjoint du locataire une mise en demeure avec menace d'un paiement trimestriel des loyers, ainsi que concernant la lettre instaurant ledit mode de paiement, selon le CCR.

Les conséquences de l'application de l'art. 1 al. 2 CCR ne sont pas de faible importance puisque, à condition de respecter la procédure en deux phases prévue par cette disposition paritaire, elles conduisent à rendre plus aisée la résiliation du bail d'un locataire en retard dans le paiement de son loyer ; en effet, si celui-ci éprouve déjà des difficultés à régler son loyer mensuellement, il est prévisible qu'il lui sera encore plus difficile, pour ne pas dire impossible, de le faire par trimestre d'avance (ROSSINELLI, op. cit., n. 70).

Cela étant, au regard de la portée restreinte de l'art. 11.2 al. 1 CCR par rapport à l'art. 266n CO, il apparaît à tout le moins exclu d'appliquer cette disposition paritaire à des actes ou communications adressés aux locataires que ne seraient pas en relation avec la fin du bail.

Il convient donc d'interpréter la notion d'actes ou communications adressés aux locataires en relation avec la fin du bail, en tenant compte des actes visés par l'art. 266n CO, à savoir le congé donné par le bailleur ainsi que la fixation d'un délai de paiement assorti d'une menace de résiliation (art. 257d CO).

**2.5** Un contrat-cadre de bail à loyer déclaré de force obligatoire générale présente une nature analogue à celle d'une convention collective de travail ayant fait l'objet d'une décision d'extension (ACJC/597/2001 consid. 4.2). Il est admis que les dispositions normatives d'une telle convention collective doivent être interprétées selon les règles applicables à l'interprétation des lois (ATF 127 III 318 consid. 2 = JdT 2001 I 381). Or les art. 1 al. 2 et 11.2 al. 1 CCR peuvent être considérées comme des dispositions normatives, puisqu'ils prévoient des modalités applicables en principe à tous les cas.

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Si le texte n'est pas absolument limpide, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales. Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 132 III 555 consid. 3.4.3.1).

**2.6** L'énumération des actes du bailleur visés par l'art. 266n CO est exhaustive (BARRELET, op. cit., n. 2 ad art. 266n CO ; SVIT, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, 2011, n. 20 ad art. 266l – 266o CO). Sont ainsi exclus du champ d'application de l'art. 266n CO les actes et communications du bailleur qui ne pourraient qu'indirectement conduire à la résiliation du contrat de bail (HIGI, Zürcher Kommentar, vol. V2b, Die Miete, Art. 266 – 268b CO, 1995, n. 33 ad art. 266m – 266n CO), notamment les augmentations de loyer, ainsi que la protestation fondée sur l'art. 257f al. 3 CO (BARRELET, op. cit., n. 2 ad art. 266n CO ; SVIT, op. cit., n. 20 ad art. 266l – 266o CO). S'agissant de cette protestation, celle-ci ne contient en effet en général pas de menace de résiliation, contrairement à la mise en demeure du locataire au sens de l'art. 257d al. 1 CO, et poursuit en premier lieu un autre but que cette dernière, à savoir un changement du locataire dans son attitude ou ses actes (ACJC/821/2004 consid. 3.1, rés. [en allemand] in MP 03/05 p. 170 ; SVIT, op. cit., n. 45 ad art. 257f CO ; HIGI, Zürcher Kommentar, vol. V2b, Die Miete, Art. 253 – 265 CO, 1994, n. 51 et 54 ad art. 257f CO).

La mise en demeure prévue par l'art. 1 al. 2 CCR est, mutatis mutandis, semblable à la protestation de l'art. 257f al. 3 CO. En effet, elle ne contient en général pas de menace de résiliation et ne vise à tout le moins pas directement une telle issue, mais bien plutôt un changement de la part du locataire sous forme de paiements plus réguliers.

**2.7** Au vu de ce qui précède, il y a lieu de considérer que la mise en demeure de l'art. 1 al. 2 CCR ne doit pas obligatoirement être adressée au conjoint du locataire pour être valable.

Elle doit en revanche être adressée à tous les locataires, sous peine de nullité, comme cela vaut pour la protestation de l'art. 257f al. 3 CO (concernant ladite protestation, ACJC/821/2004 consid. 3.1, rés. [en allemand] in MP 03/05 p. 170 ; SVIT, op. cit., n. 45 ad art. 257f CO), une seule lettre suffisant toutefois si elle mentionne tous les locataires (ibidem).

**2.8** Il découle des principes sus-énoncés que, même si elle savait – à tout le moins depuis le 9 juin 2008 – que le locataire feu X était marié, l'intimée n'avait pas l'obligation d'adresser la mise en demeure du 12 mars 2009, ni le courrier du 15 avril 2009, à l'épouse de celui-ci, puisqu'elle n'était pas partie au contrat de bail.

Le premier grief des appelants doit donc être écarté.

(Arrêt de la chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 22 avril 2013)

Art. 269a lit. b, 270a Abs. 1 OR  
Art. 12 und 14 VMWG

## **6. Unterhaltskostensteigerung infolge einer umfassenden Überholung und Vertrauensschutz bei Vergleich**

In Frage steht insbesondere, ob und inwiefern sich die Vermieterschaft gegen das Herabsetzungsbegehren der Mieterschaft mit dem Einwand zur Wehr setzen kann, es sei eine Unterhaltskostensteigerung infolge einer umfassenden Überholung eingetreten. Die Frage, ob ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen im Rahmen einer umfassenden Überholung, die zu einer dauerhaften Unterhaltskostensteigerung führen, als Kostensteigerung gemäss Artikel 269a OR geltend gemacht werden können, wurde letztlich offen gelassen, weil die Mieter in ihrem Vertrauen auf einen früher geschlossenen Vergleich, der die Mietzinserhöhung aufgrund der umfassenden Überholung regelte, geschützt wurden.



## Sachverhalt

In den Jahren 2006 und 2007 wurden die Liegenschaften umfassend innen- und aussensaniert. Das Kreisgericht St. Gallen entschied am 31. Oktober 2008, dass der wertvermehrende Anteil der umfassenden Überholung 50% betrage. Gestützt auf diesen Entscheid wurde mit den Mieterinnen und Mietern anfangs 2009 individuelle Vergleiche über die gestaffelten Mietzinserhöhungen für die gesamten Sanierungskosten der ersten und auch der zweiten Etappe geschlossen.

Aufgrund der Senkung des mietrechtlichen Referenzzinssatzes gewährte die Vermieterschaft allen Mieterinnen und Mietern der Liegenschaft eine Mietzinssenkung mit Wirkung auf den 1. November 2009. Auf dem amtlichen Formular wurde festgehalten: „Allgemeine Kostensteigerungen unverändert ausgeglichen bis 31. Januar 2008“. Zudem wurde ein Vorbehalt bezüglich einer noch nicht realisierten Mietzins-Erhöhung-Reserve von 1,4% angebracht.

Nach einer erneuten Senkung des Referenzzinssatzes wurde die den Mieterinnen und Mietern an sich zustehende Mietzinssenkung mit dem Hinweis auf eine Unterhaltskostensteigerung von 10,52% verrechnet. Die Vermieterschaft begründete die Unterhaltskostensteigerung mit dem ausserordentlichen Unterhalt, welcher im Rahmen der umfassenden Sanierung als nicht wertvermehrende Kosten angefallen sei.

Die Mieterinnen und Mieter leiteten ein Schlichtungsverfahren ein, das aber ohne Einigung blieb. Sie erhoben daraufhin beim Kreisgericht St. Gallen individuelle Klagen, mit dem Begehren, den Mietzins auf einen jeweils genau bezifferten Betrag herabzusetzen. Der Einzelrichter des Kreisgerichts St. Gallen schützte die Herabsetzungsbegehren. Dagegen erhob die Vermieterschaft Berufung ans Kantonsgericht.

## Aus den Erwägungen

### III.

1. a) Verlangt ein Mieter unter Berufung auf Art. 270a Abs. 1 OR eine Mietzinsreduktion wegen einer Änderung der Berechnungsgrundlagen, so steht dem Vermieter der Einwand zu, es hätten sich seit der letzten massgebenden Mietzinsfestsetzung mit Bezug auf andere Faktoren Kostensteigerungen ergeben, die den Reduktionsanspruch ganz oder teilweise kom-

pensierten (SVIT, Das schweizerische Mietrecht, Kommentar [SVIT-Kommentar], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N 19 zu Art. 270a OR).

Im vorliegenden Fall hält die Beklagte dem Reduktionsbegehren der Mieter gestützt auf die Senkung des Hypothekarzinsrates eine Unterhaltskostensteigerung infolge der Überwälzung des nicht wertvermehrenden Anteils der Sanierungskosten von 50% entgegen, welche das Ausmass der geltend gemachten Mietzinsreduktion übertreffe.

**b/aa)** Gemäss Art. 269a lit. b OR sind Mietzinse nicht missbräuchlich, wenn sie durch Kostensteigerungen oder Mehrleistungen des Vermieters begründet sind. Als Mehrleistungen gelten dabei Investitionen für wertvermehrende Verbesserungen, die Vergrösserung der Mietsache sowie zusätzliche Nebenleistungen, es kann jedoch nur den Teil der Kosten, der den Aufwand zur Wiederherstellung oder Erhaltung des ursprünglichen Zustands übersteigt, als Mehrleistung geltend gemacht werden. Die Kosten umfassender Überholungen gelten in der Regel zu 50-70% als wertvermehrende Investitionen (Art. 14 Abs. 1 und 3 VMWG). Derjenige Teil der Kosten von umfassenden Sanierungen, der auf den Unterhalt entfällt, darf hingegen grundsätzlich nicht auf den Mietzins überwältzt werden. Reiner Unterhalt ist definitionsgemäss nicht wertvermehrend; er dient ausschliesslich dem Werterhalt und ist demgemäss keine Mehrleistung, sondern ist Teil der Hauptpflicht des Vermieters, die in der Erhaltung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache liegt (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR). Diese Regel gilt jedoch nicht absolut (LACHAT/BRUTSCHIN, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 384, N 19/5.2.2; BÄTTIG, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/2009, S. 1 ff., S. 14). Auszugehen ist dabei davon, dass das Bundesgericht in BGE 117 II 77 E. 3.c.aa (= Pra 83 Nr. 12; vgl. auch BGE 122 III 257) festhielt, dass Pauschalen für die Amortisation des Gebäudes und Rückstellungen für künftigen Unterhalt nicht zulässig seien. In einem Entscheid vom 24. Januar 2001 (BGer 4C.293/2000 E. 1.b) relativierte das Gericht diese Feststellung dann aber insofern, als es ausführte, die Ansicht, Unterhaltskosten, die im Rahmen von umfassenden Renovationen anfielen, überhaupt nicht in Rechnung stellen zu können, lasse sich nicht mit der Praxis betreffend unzulässige Pauschalen vereinbaren, und erwog, dass die Unterhaltskosten im Rahmen der Mietzinsgestaltung berücksichtigt werden könnten, sobald die Arbeiten ausgeführt und vom Vermieter bezahlt seien. Ausserordentlich hohe Unterhaltskosten seien auf die Lebensdauer der damit finanzierten Einrichtungen zu verteilen; die entsprechenden Teilbeträge könnten jähr-

lich bis zur vollständigen Amortisation in der Unterhaltsrechnung berücksichtigt werden und seien mit 5% auf dem jeweils noch nicht amortisierten Restbetrag zu verzinsen (vgl. zur Berücksichtigung der nicht wertvermehrenden Sanierungskosten als Unterhaltskostensteigerung auch SVIT-Kommentar, a.a.O., N 82 zu Art. 269a OR).

**bb)** Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Rückstellungsverbot wird in der Lehre kritisiert (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 31 ff. zu Art. 269 OR, und BÄTTIG, a.a.O., S. 12 f.). Ob diese Kritik berechtigt ist, kann offen bleiben. Abgesehen davon, dass sich die Beklagte darauf beruft, das Rückstellungsverbot befolgt zu haben, würde es nämlich, wie zu zeigen sein wird (nachfolgend E. 2 und 3), nichts daran ändern, dass sich die Beklagte nicht auf ihren Anspruch auf Überwälzung der aus der Gesamtsanierung resultierenden Unterhaltskosten berufen kann, weil die Mieter nicht mit einer solchen Überwälzung rechnen mussten bzw. weil die Beklagte den Nachweis ihrer Anlagekosten nicht erbringen kann und die Berufung aus diesen Gründen abzuweisen ist. Immerhin sei an dieser Stelle festgehalten:

**aaa)** Die Sanierungsarbeiten fanden in den Jahren 2006 und 2007 statt, die endgültigen Bauabrechnungen, welche Sanierungskosten von insgesamt Fr. 25 873 986.10 auswiesen, wurden mit Stichtag 9. Oktober 2008 erstellt, und mit Urteil vom 31. Oktober 2008 legte das Kreisgericht St. Gallen den wertvermehrenden Anteil der Kosten auf 50% fest. Gemäss der zitierten Rechtsprechung (BGer 4C.293/2000) hätte die Beklagte daher grundsätzlich Anspruch darauf, den verbleibenden *nicht* wertvermehrenden Anteil der Sanierungskosten von Fr. 12 936 993.05 soweit als Unterhaltskosten auf die Mieter zu überwälzen, als die Kosten zu einer Unterhaltskostensteigerung führen. Die Kosten wären dabei angesichts ihrer Höhe auf die Lebensdauer der damit finanzierten Einrichtungen zu verteilen, d.h. die Amortisationsraten sowie die Verzinsung des Restbetrags könnten ab 2009 jährlich als Unterhaltskosten berücksichtigt werden. Weil die Berufung (aus andern Gründen) abzuweisen ist (hierzu nachfolgend E. 2 und 3), kann die grundsätzliche Überwälzbarkeit offen bleiben. Offen bleiben kann damit aber auch, ob sich die Beklagte im Sinn der Auffassung der Mieter und der Vorinstanz entgegen halten müsste, sie habe in der Vergangenheit (entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) für umfassende Sanierungsarbeiten Rückstellungen gebildet und könne daher nun die Unterhaltskosten nicht mittels Mietzinserhöhung bzw. –nichtherabsetzung auf die Mieter überwälzen. Ganz abgesehen davon würde der betreffende, insbesondere in der Eingabe vom 27. April 2012 nochmals ausführlich substantiierte, allerdings ohnehin

nur als Eventualbegründung geltend gemachte und von der Beklagten in der anschliessenden Stellungnahme vom 14. Mai 2012 aber wiederum bestrittene Einwand der Mieter, die Beklagte habe in der Vergangenheit missbräuchliche Mietzinse gefordert, indem sie über die Bestreitung des effektiven Unterhalts hinaus Reserven für den künftigen Unterhalt gebildet habe, die früheren Mietzinse betreffen und zur Frage führen, ob, wie die Beklagte einwendet, über die aktuellen bzw. die künftigen Mietzinse hinaus auch frühere Mietzinse überprüft werden können (vgl. BGE 124 III 67 E. 3 sowie zur Thematik der Rückstellungen auch BÄTTIG, a.a.O., S. 13 und S.16).

**bbb)** Im das Ausmass der Veränderung von Betriebs- und Unterhaltskosten zu ermitteln und um die Zufälligkeiten anfallender Unterhaltsarbeiten auszugleichen, ist in quantitativer Hinsicht auf die durchschnittlichen Aufwendungen der letzten fünf – eventuell mindestens drei – Jahre abzustellen bzw. ein Vergleich zwischen zwei Durchschnittswerten anzustellen: Der erste Durchschnittswert erfasst dabei die vor der letzten Mietzinsanpassung angefallenen Kosten, während sich der zweite Durchschnittswert auf die Kosten bezieht, die unmittelbar vor der neuen Mietzinsanpassung aufgelaufen sind (BGer 4C.293/2000 E.1.b; LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 374, N 19/4.6; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 30 zu Art. 269 OR). Ergibt sich so aus dem Vergleich der Periode vor der letzten massgebenden Mietzinsfestsetzung – Anfangsmietzins oder letzte unangefochten gebliebene Mietzinserhöhung bzw. im Rahmen eines Anfechtungsverfahrens durch Vergleich einvernehmlich oder durch rechtskräftigen Entscheid festgelegter Mietzins (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 16 zu Art. 270a OR) – und der Periode vor der neuen Mietzins- bzw. Mietvertragsanpassung eine Steigerung der Unterhaltskosten, so darf diese bei der Mietzinsanpassung grundsätzlich berücksichtigt bzw. mit einem Herabsetzungsanspruch verrechnet werden.

Das Recht auf die Überwälzung der Unterhaltskosten scheitert, wie zu zeigen sein wird von Vornherein daran, dass die Mieter nicht mit der Überwälzung von aus der umfassenden Sanierung resultierenden Unterhaltskosten rechnen mussten, bzw. am fehlenden Nachweis der Anlagekosten (hierzu nachfolgend E. 2 und 3). Die Richtigkeit der Angaben und Berechnungen der Beklagten kann daher offen bleiben. Immerhin sei festgehalten, dass sich vorbehältlich dieser Richtigkeit im vorliegenden Fall bei nicht wertvermehrenden Sanierungskosten von rund 13 Mio. Franken und unter der Annahme einer durchschnittlichen Lebensdauer der damit finanzierten Einrichtungen von 25 Jahren und eines gemittelten Zinssatzes (Faustregel halber Zinssatz, vgl. BÄTTIG, a.a.O., S. 16;

LACHAT/BRUTSCHIN, a.a.O., S. 375, N 19/4.8) zusätzlich zu den ordentlichen Unterhalts- und Betriebskosten hinzukommende Kosten von rund Fr. 845 000.– (Amortisation Fr. 520 000.– + Verzinsung Fr. 325 000.–) ergäben. Wenn man für die ordentlichen Unterhalts- und Betriebskosten der vorangehenden Jahre ebenfalls auf die Angaben der Beklagten abstellen würde, wonach die Kosten in den Jahren 2003 bis 2008 durchschnittlich rund Fr. 412 000.- betragen hätten, würden die zusätzlichen Kosten ab 2009 (bis 2033) zu einer Verdreifachung der (durchschnittlichen) Unterhalts- und Betriebskosten führen, weshalb – selbst ohne Periodenvergleich – von einer Kostensteigerung auszugehen wäre, welche angesichts der Amortisationsdauer von 25 Jahren entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch als dauerhaft zu qualifizieren wäre.

...

**2.b/bb)** Zum gleichen Ergebnis gelangt man mit Bezug auf die an den Vergleichen beteiligten Mieter, wenn man den Verrechnungsanspruch der Beklagten ausschliesslich aufgrund der Vergleiche beurteilt. Mit der Vorinstanz und den Mietern durften Letztere (auch) bei dieser Betrachtungsweise aufgrund der Umstände darauf vertrauen, dass mit Abschluss der Vergleiche keine weiteren, die Sanierung betreffenden Kosten auf den Mietzins überwältzt würden. Zur Beurteilung, ob mit den Vergleichen eine solche Vertrauensbasis geschaffen wurde, ist dabei von Bedeutung, unter welchen Umständen diese zustande kamen. Dabei spielt das vorangegangene Verfahren zwischen den gleichen Parteien eine nicht unwesentliche Rolle, zumal die Vereinbarungen letztlich auf der Basis des damaligen Entscheids des Kreisgerichts St. Gallen abgeschlossen wurden. Entgegen der Vorbehalte der Beklagten dürfen ihre Ausführungen und ihre Argumentation in jenem Verfahren zur Beurteilung des Vertrauensschutzes durchaus herangezogen werden.

Die Beklagte zeigte nach der ersten Bauetappe im Jahr 2007 eine erste Mietzinserhöhung an; überwältzen wollte sie als wertvermehrenden Anteil 60% der Sanierungskosten. Eine weitere Erhöhung aufgrund von wertvermehrenden Investitionen war nach Abschluss der zweiten Etappe vorgesehen. Nachdem bereits die erste Mietzinserhöhung von den Mietern angefochten wurde – diese waren offenbar der Ansicht, der wertvermehrende Anteil läge lediglich bei 30% –, legte das Kreisgericht St. Gallen den wertvermehrenden Anteil der Sanierungskosten für die erste Etappe auf 50% fest. Im Anschluss daran einigten sich die Vermieterin sowie die (meisten) Mieter auf dieser Basis auch über die zweite Etappe bzw. die weiteren Mietzinserhöhungen.

Noch nicht einmal die Beklagte behauptet dabei, es sei im Vorfeld oder während des Verfahrens oder im Zusammenhang mit den Vergleichsverhandlungen je die Rede davon gewesen, dass der nicht wertvermehrende Anteil der Sanierungskosten letztlich ebenfalls auf den Mietzins überwälzt werde. Die Beklagte argumentierte im Verfahren betreffend den wertvermehrenden Anteil vielmehr dahingehend, dass sie aufgrund der hohen Investitionen die Möglichkeit haben sollte, einen möglichst grossen Prozentsatz innerhalb der Bandbreite von Art. 14 VMWG (50-70%) refinanzieren zu können, und sie verwies ausdrücklich darauf, dass infolge des Verbots zur Bildung von Rückstellungen die Kosten für grössere Unterhaltsarbeiten, welche den durchschnittlichen Unterhaltsaufwand deutlich überstiegen, als umfassende Überholungen qualifiziert auf dem Weg der Anwendung von Art. 14 VMWG refinanziert werden müssten. Hätte die Überwälzung auch der nicht wertvermehrenden Sanierungskosten zu diesem Zeitpunkt ein Thema dargestellt, so wäre die Höhe des wertvermehrenden Anteils gar nicht so entscheidend gewesen; der nicht wertvermehrende Anteil – ob nun 50% oder mehr – hätte ja ohnehin später ebenfalls mittels Mietzinserhöhung aufgrund einer Unterhaltskostensteigerung refinanziert werden können. Hinzu kommt, dass die Mieter nicht zuletzt auch deshalb nicht mit einer weiteren Überwälzung von Sanierungskosten rechnen mussten, weil die Beklagte an den betreffenden Liegenschaften in der Vergangenheit, wie sie auch selbst darlegte, schon grössere Sanierungsarbeiten hatte ausführen lassen, ohne über die Pauschale hinaus (vgl. zur Pauschale SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 40 ff. zu Art. 269a OR) Unterhaltskostensteigerungen geltend zu machen. Vielmehr durften die Mieter aufgrund der Argumentation und des Verhaltens der Beklagten davon ausgehen, dass mit den Vergleichen die Überwälzung der Kosten der umfassenden Sanierungsarbeiten auf den Mietzins definitiv erledigt sei, zumal diese auch die Sanierungskosten der zweiten Etappe berücksichtigen – wohl gerade um ein weiteres Gerichtsverfahren betreffend den wertvermehrenden Anteil derjenigen Kosten zu vermeiden und die Sache abzuschliessen. Das Verhalten bzw. die Argumentation der Beklagten liess vor/bei Abschluss der Vergleiche denn auch nie den Eindruck entstehen, dass noch weitere Mietzinserhöhungen, welche ihre Begründung in der Sanierung von 2006/2007 hätten, auf die Mieter zukommen würden. Diese durften deshalb darauf vertrauen, dass die Beklagte nicht kurze Zeit später den Mietzins um weitere 10%, wiederum aufgrund der umfassenden Sanierung, dieses Mal zur Überwälzung der nicht wertvermehrenden Aufwendungen, würde erhöhen können.

(Entscheid des Kantonsgerichts von St. Gallen vom 8. August 2012)

## Art. 270, 269 ss CO

# 7. Contestation du loyer initial – loyer abusif

**En cas d'immeubles construits ou acquis il y a quelques décennies, la hiérarchie entre les critères absolus est inversée par rapport à celle prévalant pour les immeubles dits récents : si un loyer augmenté selon un facteur relatif entre dans les limites des loyers usuels du quartier, il n'y a pas lieu de procéder au surplus au calcul du rendement net; en revanche, un tel calcul ne peut être refusé au locataire qui le demande, lorsque le bailleur qui entend augmenter le loyer ne se prévaut pas à son tour des loyers du quartier ou ne parvient pas à apporter la preuve requise à cet égard.**

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer du 7 décembre 2010 portant sur la location d'un appartement de 1,5 pièces situé au 3<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à X.

Le loyer annuel a été fixé à fr. 11 400.–, l'acompte de frais de chauffage/eau chaude à fr. 1080.– et celui des frais d'exploitation à fr. 1200.–, soit au total un loyer annuel, charges comprises de fr. 13 680.–.

Selon l'avis de fixation du loyer initial du 7 décembre 2010, le précédent locataire s'acquittait, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2006, d'un loyer annuel de fr. 8868.–, charges non comprises, les charges étant de fr. 840.– par an. Le loyer annuel, charges comprises, s'élevait à fr. 9708.–.

Par requête du 27 janvier 2011, la locataire a contesté le loyer initial de fr. 11 400.– et le montant total des charges de fr. 2280.–. L'affaire a été portée devant le Tribunal de baux et loyers le 16 mai 2011.

Par acte du 22 octobre 2012, la bailleuse a formé appel du jugement rendu par le Tribunal des baux et loyers le 14 septembre 2012, fixant notamment le loyer de l'appartement litigieux à fr. 6600.– par an, charges non comprises, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

## Extrait des considérants

4. L'appelante estime que les premiers juges ont manifestement violé les règles applicables en matière de fixation du loyer initial, en ce sens que ceux-ci auraient dû admettre que, s'agissant d'un immeuble ancien au sens de la jurisprudence constante, le critère des loyers usuels du quartier était seul applicable.

Dans l'examen de la conformité du loyer initial au regard des articles 269 et 269a CO, le cadre du débat judiciaire est fixé en premier lieu par la motivation donnée par le bailleur à une éventuelle majoration (LACHAT, op. cit., p. 394).

Si le bailleur se prévaut du critère absolu des loyers usuels (art. 269a let. a CO), le locataire peut lui opposer le rendement exagéré des fonds propres investis (art. 269 CO), autre critère absolu. Ce dernier critère est prépondérant, sauf si l'on est en présence d'un immeuble ancien, par exemple construit ou acquis dans les années cinquante (LACHAT, op. cit., p. 537 ; ACJC/802/2011 du 20 juin 2011 ; ACJC/1296/2009 du 2 novembre 2009). Dans ce dernier cas, il peut s'avérer difficile, voire impossible de déterminer le caractère excessif du rendement, soit parce que les justificatifs des investissements font défaut, soit parce que ceux-ci n'ont plus de rapport avec la réalité (ATF 4C.323/2001 du 9 avril 2002 ; ACJC/802/2011 du 20 juin 2011 et réf. citées ; ACJC/1296/2009 du 2 novembre 2009). Il découle de ce que précède, qu'en cas d'immeubles construits ou acquis il y a quelques décennies, la hiérarchie entre les critères absolus est inversée par rapport à celle prévalant pour les immeubles dits récents : si un loyer augmenté selon un facteur relatif entre dans les limites des loyers usuels du quartier, il n'y a pas lieu de procéder au surplus au calcul du rendement net ; en revanche, un tel calcul ne peut être refusé au locataire qui le demande, lorsque le bailleur qui entend



augmenter le loyer ne se prévaut pas à son tour des loyers du quartier ou ne parvient pas à apporter la preuve requise à cet égard (ATF 4C.285/2005 du 18 janvier 2006 ; ATF 4C.323/2001 du 9 avril 2002 ; ACJC/802/2011 du 20 juin 2011 consid. 4).

La preuve du loyer initial abusif incombe en effet au locataire. Il doit ainsi être admis à prouver que le loyer procure au bailleur un rendement excessif sans qu'il ait à démontrer la présence d'indices d'abus (ATF 124 III 310 consid. 2a). Dès lors que le bailleur détient seul les documents permettant un calcul de rendement, on peut attendre de lui qu'il les produise, la maxime inquisitoriale sociale instaurée par l'ancien article 274d al 3 aCO – et toujours applicable sous l'égide du CPC (ACJC/1307/2011 du 17 octobre 2011 ; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n° 1397 ss) – impliquant un devoir de collaboration active des parties à l'établissement des faits (ATF 4A\_3/2011 du 28 février 2011 ; ATF 4A\_127/2008 du 2 juin 2008 consid. 3.2 ; ATF 125 III 231 consid. 4a = JT 2000 I 194).

Le refus du bailleur sans motif justifié de produire les pièces qu'il détient pour la détermination du rendement net conduit à empêcher fautivement sa partie adverse à administrer sa preuve. A l'inverse, s'il y a lieu de procéder à un examen du rendement dans le cadre de la contestation du loyer initial, le locataire doit supporter les conséquences de l'absence de preuve, pour autant que le bailleur ne puisse plus fournir les documents y relatifs pour des motifs valables (MAAG, Commentaire de l'ATF 4A\_129/2008, in MRA 2008 p. 147 ss).

En définitive, la sanction du refus du bailleur de produire ces documents relève de l'appréciation des preuves (ATF 4A\_576/2008 du 19 février 2008 consid. 2.4) et des règles de procédures cantonales (actuellement du CPC ; MAAG, op. cit., p. 150). Ainsi, lorsqu'il est ordonné au bailleur de produire les pièces nécessaires au calcul de rendement, on peut inférer de son refus injustifié que la chose louée lui procure selon toute vraisemblance un rendement abusif, faute de quoi il aurait déféré à la demande de production des pièces (ATF 4A\_3/2011 du 28 février 2011 ; ATF 4A\_576/2008 précité ; ACJC/802/2011 du 20 juin 2011 consid. 4 et réf. citées ; ACJC/458/2009 du 20 avril 2008 consid. 4.1).

Le Tribunal a retenu, à juste titre et comme le soutient l'appelante, que celle-ci a motivé l'avis de fixation du loyer initial par l'adaptation du loyer à ceux usuels du quartier. Le locataire a, pour sa part, réclamé la présentation d'un calcul de rendement arguant que le loyer en cause procurait un rendement excessif à la bailleuse. Nonobstant deux ordon-

nances du Tribunal réclamant la production du calcul de rendement, la bailleresse a indiqué qu'il ne saurait être exigé d'elle de procéder à un tel calcul, puisque l'immeuble avait été construit en 1961 et qu'elle n'était pour ce motif pas parvenue à réunir l'ensemble des pièces nécessaires au calcul de rendement. Expressément invitée par les deux ordonnances précitées à indiquer à tout les moins quand elle avait acquis l'immeuble litigieux, la bailleresse s'est abstenue de communiquer cette information, de sorte qu'elle n'a pas établi que l'acquisition de l'immeuble était également ancienne.

Au vu de ce qui précède, en refusant d'admettre que la hiérarchie des critères absolus s'inverse, faute d'avoir pu établir la date d'acquisition de l'immeuble litigieux, et en retenant que la bailleresse n'a pas apporté la preuve que le loyer contesté n'est pas abusif au regard du critère des loyers usuels du quartier, les premiers juges n'ont pas violé le droit. Cet avis est également corroboré par le fait que la bailleresse n'a produit aucune pièce relative au calcul de rendement et n'a pas établi être dans l'impossibilité de les produire, en particulier celles concernant les amortissements des fonds étrangers intervenus depuis l'acquisition de l'immeuble.

(Arrêt de la chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 27 mai 2013)

## Art. 270 al. 1 CO

# 8. Contestation du loyer initial

**Lorsque la hausse de loyer est motivée par "mise à jour du loyer au sens de l'art. 269a let. a et b CO", il y a lieu d'admettre que la baille-resse invoque cumulativement des critères inhérents à l'usage dans la localité et le quartier et des critères inhérents aux coûts, critères qui, invoqués simultanément, sont incompatibles.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 4,5 pièces au 1<sup>er</sup> étage d'un immeuble sis à X pour un loyer mensuel net de fr. 1445.–, le contrat stipulant expressément que les locataires ont un droit d'utilisation non-exclusive de certaines dépendances.

Un litige est survenu entre les parties concernant l'utilisation d'un local dénommé "salle de bricolage No 14". La bailleresse soutient que la salle en question ne fait pas partie du bail, exigeant dès lors des locataires soit qu'ils s'acquittent du loyer afférent à ce local, soit qu'ils évacuent les lieux. Ces derniers, quant à eux, s'y refusent, soutenant qu'ils l'occupent de bonne foi depuis plus de deux ans, au vu et au su de tous, y compris de la gérance et que, partant, il fait partie intégrante du bail.

Le 30 janvier 2012, la bailleresse a saisi la Commission de conciliation en matière de baux à loyer et a conclu à l'expulsion des locataires de la "salle de bricolage No 14". Par décision du 30 octobre 2012, le Président

a débouté tant la bailleresse de sa demande tendant à obtenir l'expulsion des locataires, que ces derniers de leurs conclusions en contestation de la nullité de l'avis de fixation du loyer initial et en restitution du trop perçu.

Les locataires ont interjeté recours à l'encontre de cette décision.

## Extrait des considérants

4. Dans un dernier moyen, les recourants allèguent, en substance – tout en maintenant que la formule officielle ne leur a jamais été notifiée –, que la formule officielle que figure au dossier ne contient pas les éléments nécessaires imposés par la loi, que la fixation du loyer initial doit ainsi être considérée comme nulle et qu'il incombe dès lors au juge de fixer le montant du loyer admissible. Ils relèvent à cet égard que les motifs précis de la hausse de loyer ne figurent pas sur la formule en question. Ils soutiennent par ailleurs, tout comme en première instance déjà, qu'un bailleur ne peut pas invoquer simultanément plusieurs critères de fixation du loyer initial qui s'excluent l'un l'autre, ce qui serait le cas en l'espèce. Ils estiment en définitive que, sous réserve de l'abus de droit, le premier juge était tenu de constater d'office la nullité du loyer initial.

a) Selon l'art. 269d al. 1 2<sup>ème</sup> ph. CO, l'avis de majoration du loyer, avec indication des motifs, doit parvenir au locataire dix jours au moins avant le début du délai de résiliation et être effectué au moyen d'une formule agréée par le canton. La loi prescrit donc une forme écrite qualifiée qui porte non seulement sur le mode, mais aussi sur le contenu de la communication. Le droit du bail est un domaine juridique empreint de formalisme, dans lequel il convient de se montrer strict en matière de respect des prescriptions de forme et ne pas admettre en principe d'exceptions aux règles édictées dans l'intérêt du locataire. L'art. 269d CO exige expressément que les motifs de la hausse figurent dans la formule officielle elle-même ; l'exigence de la forme écrite qualifiée s'étend par conséquent aussi à la motivation de la majoration. Les renseignements donnés par un autre moyen peuvent préciser ou servir à l'interprétation des motifs mentionnés sur l'avis formel mais non étendre ceux-ci ou remplacer une indication omise. Les motifs figurant dans l'avis de majoration doivent être eux-mêmes précis (art. 19 al. 1 let. a ch. 4 OBLF). Ils doivent permettre au locataire de saisir la portée et la justification de la majoration de manière à pouvoir apprécier en pleine connaissance de cause l'opportunité de la contester ou non. On peut se référer par analogie sur ce point à la

jurisprudence relative aux exigences de motivation des décisions déduite de l'art. 4 aCst. (ATF 121 III 6, consid. 3a et les références citées).

Les majorations de loyer sont nulles lorsqu'elles ne sont pas notifiées au moyen de la formule officielle (art. 269d al. 2 CO). Il en va de même lorsque les motifs ne sont pas indiqués (art. 269 al. 2 let. b CO) ou lorsque le contenu de la communication n'est pas suffisamment précis (ATF 121 III 6, consid. 3b et les références citées ; Commentaire SVIT du droit du bail 2011, n. 34 ad art. 269d CO). En outre, selon la jurisprudence, le bailleur ne peut pas invoquer simultanément plusieurs critères de fixation du loyer initial qui s'excluent l'un l'autre – en invoquant, par exemple, simultanément des factures liés aux coûts (art. 269, 269a let. b, c, d, et e CO) et des facteurs liés à la situation du marché (art. 269a let. a CO) –, car le locataire n'est pas à même de déterminer dans un tel cas de figure le facteur réel de hausse et, partant de juger de l'opportunité de contester ou non le loyer initial. La nullité peut au surplus être constatée en tout temps, sauf abus de droit (Commentaire SVIT du droit du bail 2011, n. 39 ad art. 269d CO et réf. citées ; CPRA BAIL-MARCHAND, n. 40 ad art. 269d CO et réf. citées ; CPRA BAIL-DIETSCHY, n. 54, 60 et 81 ad art. 270 CO et réf. citées).

**b)** En l'espèce, comme cela a été relevé plus haut, lors de la signature du bail, un avis de fixation du loyer initial a été remis aux locataires, circonstanciant, d'une part, le loyer payé par l'ancien locataire et, d'autre part, le (nouveau) loyer contractuel ; les motifs de la hausse n'étaient en revanche pas clairement définis. Dès lors et comme le soutiennent les recourants à juste titre, force est de constater, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence exposées ci-dessus, que les motifs de hausse de loyer contenus dans la formule officielle du 25 mars 2009 ne sont pas suffisamment précis. En effet, sous la rubrique hausse de loyer, les motifs sont laconiquement libellés comme suit : « *mise à jour du loyer au sens de l'art 269a alinéa [recte : let.] a + b CO* ». Il convient donc d'admettre, avec les recourants, que la bailleuse a invoqué cumulativement des critères inhérents à l'usage dans la localité et le quartier (art. 269a let. a CO) et des critères inhérents aux coûts (art. 269a let. b CO), critères qui, invoqués simultanément, sont incompatibles, comme cela a été souligné plus haut (cf. *supra* consid. 4 a). Il en résulte que les locataires n'étaient effectivement pas à même de déterminer le facteur réel de la hausse de loyer et, partant, de juger l'opportunité de contester le loyer initial, ce qui en principe entraîne la nullité de la fixation du loyer initial et, par la même occasion, la nullité partielle du bail en application de l'art. 270 al. 2 CO ; il y a lieu de préciser encore que ce vice n'entraîne

pas la nullité du contrat de bail en tant que tel, mais influe uniquement sur le montant fixé, le loyer admissible devant alors être fixé par le juge (ATF 124 III 62 consid. 2a p. 64 ; ATF 120 II 341 consid. 5d p. 349). Le vice de forme en question se constate par ailleurs d'office, est originaire et intervient de plein droit, sous réserve de l'abus de droit.

(Arrêt de la IIème Cour d'appel civil du canton de Fribourg du 12 juillet 2013)

Art. 270 OR  
Art. 237 ZPO

## 9. Anfechtung des Anfangsmietzinses

**Sind Wohn- und Geschäftsräume knapp, dann genügt dieses Kriterium für sich alleine, um eine Anfechtung des Anfangsmietzinses gemäss Artikel 270 Absatz 1 OR zu ermöglichen. Für den Nachweis eines Mangels an Wohn- und Geschäftsräumen auf dem örtlichen Markt ist es ausreichend, wenn eine amtlich bzw. statistisch festgestellte Mangelsituation besteht. Die Mieterschaft hat den Nachweis zu erbringen, dass für den Wohnungswechsel gute Gründe vorhanden waren und ein Verzicht auf den Umzug nicht vernünftig gewesen wäre.**

### Sachverhalt

Die Beklagte und die Kläger schlossen am 21./27. Juni 2011 einen Mietvertrag betreffend eine 4,5-Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss einer Liegenschaft ab. Mietbeginn war der 1. Oktober 2011. Die Kläger gingen die Verpflichtung zur Bezahlung eines monatlichen Nettomietzinses von Fr. 2800.– ein. Der monatliche Nettomietzins der Vormieterschaft hatte Fr. 2611.– betragen. Am 21. Juni 2011 wurde den Klägern von der Liegenschaftsverwaltung zusammen mit dem zur Unterzeichnung ausgefertigten Mietvertrag ein amtliches Formular übermittelt. Dieses enthielt die

Mitteilung, dass der Nettomietzins von Fr. 2611.– auf Fr. 2800.– erhöht wird.

Am 24. Oktober 2011 reichten die Kläger ein Schlichtungsgesuch ein. Sie fochten innerhalb der 30-tägigen Frist seit Übernahme des Mietobjekts gemäss Art. 270 Abs. 1 OR den Anfangsmietzins bei der zuständigen Schlichtungsbehörde als missbräuchlich an. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 7. Dezember 2011 schlossen die Parteien einen Vergleich enthaltend einen Widerrufsvorbehalt ab. Die Kläger haben den Vergleich innert Frist widerrufen. Mit Beschluss vom 21. Dezember 2011 erteilte die Schlichtungsbehörde den Klägern die Klagebewilligung.

Die Kläger reichten am 2. Februar 2012 eine Klage im vereinfachten Verfahren ein. Sie stellten den Antrag, dass die Missbräuchlichkeit des Anfangsmietzinses der von ihnen gemieteten Wohnung festzustellen sei, und der monatliche Nettomietzins von Fr. 2800.– auf das zulässige Mass zu senken sei. Die Kläger hielten an der Hauptverhandlung vom 26. März 2012 an ihrem Klageantrag fest und begründeten denselben. Die Beklagte bestritt namentlich, dass die Voraussetzungen zur Anfechtung des Anfangsmietzinses erfüllt seien. Die Standpunkte wurden im zweiten Parteivortrag von beiden Parteien bekräftigt.

Am 28. August 2012 erfolgte eine persönliche Befragung der Kläger. Den Parteien wurde mit Schreiben vom 18. September 2012 durch den Einzelrichter mitgeteilt, dass die Fragestellung, ob die Klagevoraussetzungen entsprechend Artikel 270 Absatz 1 OR erfüllt seien, Gegenstand eines Zwischenentscheides gemäss Artikel 237 ZPO bilden werde.

Die Parteien verzichteten auf eine mündliche Schlussverhandlung und reichten am 12. und am 26. November 2012 jeweils einen schriftlichen Schlusssatz ein. Der Schriftsatz vom 10. Dezember 2012 enthielt eine Stellungnahme der Kläger zu den neuen Vorbringen der Beklagten vom 12. November 2012.

## **Aus den Erwägungen**

4. Von den drei in Art. 270 Abs. 1 OR genannten Voraussetzungen zur Anfechtung des Anfangsmietzinses muss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zufolge und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der erwähnten Bestimmung lediglich eine Voraussetzung erfüllt sein und vom Mieter bewiesen werden. Die Knappheit an Wohnungen oder Geschäfts-



räumen auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume führt daher für sich alleine zur Möglichkeit der Anfechtung des Anfangsmietzinses ohne Rücksicht darauf, ob der Mieter eine persönliche oder familiäre bzw. betriebliche Notlage beim Abschluss des Mietvertrages nachzuweisen vermag (BGE 136 III 82 = Pra 2010, Nr. 98, S. 682, E. 2; BGE 4C.367/2001 E. 3a). Teile der Lehre und der kantonalen Rechtsprechung verlangen zwar vom Mieter zusätzlich den Nachweis von konkreten Suchbemühungen und berücksichtigen daneben seine persönliche Situation und sein Einkommen. Die Kläger weisen indes zu Recht darauf hin, dass das Kriterium der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Mieters im Widerspruch zum blossen Verweis des Gesetzes auf die Marktlage stehe und dazu führen würde, dass auch offensichtlich missbräuchliche Anfangsmieten keiner Überprüfung zugänglich wären. Das Bundesgericht gesteht eine Zwangssituation auch demjenigen zu, der an sich in der Lage ist, das von ihm geforderte Übermass zu bezahlen (BGE 123 II 292 E. 5). Für den Nachweis des Mangels an Wohn- und Geschäftsräumen auf dem örtlichen Markt genügt es sodann, dass eine amtlich bzw. statistisch festgestellte Mangelsituation vorliegt. Die im Nachhinein oftmals schwer nachweisbaren konkreten Suchbemühungen des Mieters können in diesem Fall vernachlässigt werden. Die gegenteilige Auffassung lässt unbeachtet oder berücksichtigt zu wenig, dass zwischen den konkreten Schwierigkeiten eines Mieters bei der Suche nach für ihn geeignetem Wohnraum und der mittels einer detaillierten Statistik erhobenen Wohnungsleerstandziffer ein untrennbarer Zusammenhang besteht.

Schreiben die Behörden eines Kantons für die Festsetzung des Anfangsmietzinses die Verwendung eines amtlichen Formulars im Sinne von Art. 270 Abs. 2 OR vor, kann regelmässig von einer amtlich festgestellten Mangelsituation ausgegangen werden. Allerdings ist die Aktualität der zugrunde liegenden kantonalen Erhebungen im Anfechtungsverfahren zu überprüfen. In einem Fall betreffend den Kanton Genf hat das Bundesgericht die Schwierigkeit der Verhältnisse auf dem lokalen Wohnungsmarkt in Anbetracht der Beschlüsse des Staatsrats zur Feststellung des Wohnungsmangels als erwiesen betrachtet, weil in diesen Beschlüssen für den gesamten Kanton die Wohnungskategorien nach Anzahl der Zimmer aufgeführt wurden und die Gültigkeit der Beschlüsse jeweils auf ein Jahr befristet ist, um der Entwicklung der Wirtschaftslage und den möglicherweise eintretenden Änderungen in der Feststellung der Wohnungsknappheit Rechnung zu tragen (BGE 4C.367/2001 E. 3). In einem anderen Fall betreffend den Kanton bzw. die Stadt Freiburg hat das Bundesgericht die statistischen Quellen für die Feststellung der Wohnungsknappheit hingegen als unzureichend erachtet. Es bemängelte, dass die vom Staatsrat des

Kantons Freiburg bereits im Jahr 2002 erlassene Verordnung, worin per 1. Januar 2002 ein Leerwohnungsbestand von 1,28% angenommen und gestützt darauf die Verwendung des amtlichen Formulars zur Feststellung des Anfangsmietzinses für obligatorisch erklärt wurde, nicht jährlich erneuert werde und die darin erfolgte Feststellung des Wohnungsmangels auf einer Statistik beruhe, die den Leerwohnungsbestand anerkanntermassen nicht nach Wohnungskategorien aufgliedere. Zudem beschränke sich die Studie auf eine Gesamteinschätzung der kantonalen Verhältnisse. In einem grossflächigen Kanton wie dem Kanton Freiburg erscheine es jedoch notwendig, zwischen den verschiedenen Regionen des Kantons zu unterscheiden, die in Bezug auf den Leerwohnungsbestand erhebliche Diskrepanzen aufweisen könnten (BGE 136 III 82 = Pra 2010, Nr. 98, S. 682, E. 2). Aus dieser Rechtsprechung ist zu schliessen, dass die Mangelsituation auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume nach Art. 270 Abs. 1 lit. a OR immer dann als ausgewiesen gelten kann, wenn die Einführung oder Aufrechterhaltung der Formularpflicht gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung auf einer genügend präzisen, hinsichtlich Wohnungsgrösse und Region differenzierten und aktuellen statistischen Grundlage beruht.

Darüber hinaus muss der Mieter nur, aber immerhin nachweisen, dass er gute Gründe für einen Wohnungswechsel hatte und ein Verzicht seinerseits auf den Umzug unvernünftig gewesen wäre (BGE 136 III 82 = Pra 2010, Nr. 98, S. 682, E. 2). Was solche guten Gründe sind, hatte das Bundesgericht im letztgenannten Entscheid nicht zu prüfen. Unter dem Aspekt einer wirkungsvollen Bekämpfung missbräuchlicher Mietzinse rechtfertigt es sich jedoch nicht, hier einen allzu strengen Massstab anzulegen. Würde man vom Mieter geradezu zwingende Gründe für den Wohnungswechsel verlangen, also wie die Beklagte „Notwendigkeit“ oder „Dringlichkeit“ vorauszusetzen, käme es zu Überschneidungen mit dem Tatbestand der persönlichen, familiären oder betrieblichen Notlage, welche auch ohne Mangelsituation auf dem örtlichen Wohnungsmarkt die Anfechtbarkeit des Anfangsmietzinses begründet. Es reicht aus, wenn die Gründe für den Umzug nachvollziehbar sind und auch für jeden Dritten in der gleichen Lage Anlass für einen Wohnungswechsel hätten sein können, ohne dass die Unzumutbarkeit des Verbleibs in der bisherigen Wohnung erforderlich wäre.

...

**5.3** Demnach liegt für den hier interessierenden Zeitpunkt Juni 2011 eine amtliche festgestellte Wohnungsnot vor, welche den ganzen Kanton Zug, die Stadt Zug und die Gemeinde X und dort namentlich auch 4- und 4.5-

Zimmer-Wohnungen, auf welche die Kläger ihre Suche konzentriert haben, gleichermassen betroffen hat. Die statistischen Erhebungen des Amtes für Wohnungswesen erfüllen die bundesgerichtlichen Anforderungen. Sie sind aktuell, werden sogar halbjährlich aktualisiert und sowohl regional als auch nach Wohnungsgrösse differenziert, obwohl es sich beim Kanton Zug um einen kleinflächigen Kanton mit homogenen Verhältnissen handelt und von Gemeinde zu Gemeinde keine erheblichen Diskrepanzen bei der Leerstandquote auszumachen sind. Die von der Beklagten geübte Kritik, wonach die Erhebungen des Amtes für Wohnungswesen zu wenig breit abgestützt seien, ist gänzlich unbelegt. Das Amt für Wohnungswesen bezieht seine Angaben zum Leerwohnungsbestand von den Gemeinden, die sich bei der Erhebung des Leerwohnungsbestandes ihrerseits an die Vorgaben des Bundesamts für Statistik zu halten und verschiedene Quellen zu nutzen haben. Zu berücksichtigen ist zwar, dass nicht alle leer stehenden Wohnungen in die Statistik Eingang finden, sondern einzig die zur dauernden Vermietung (mindestens für drei Monate) oder zum Verkauf ausgeschrieben. Das ist insofern logisch, als Wohnungen, die nicht auf den Markt gelangen, weil es sich dabei zum Beispiel um Abbruchobjekt handelt oder andere Gründe für deren Nichtgebrauch bestehen, ausser Wertung bleiben müssen. Diese können naturgemäss nicht zur Entschärfung der Wohnungsknappheit beitragen.

...

#### 6. ...

Die von den Klägern geschilderten Gründe für den Wohnungswechsel sind durchaus nachvollziehbar. Aus der Befragung der Kläger ergibt sich, dass es ihnen schon seit längerer Zeit ein Anliegen war, näher bei ihrem Arbeitsplatz zu wohnen, um damit ihren Arbeitsweg zu verkürzen und, im Falle der Klägerin 1, ihre Arbeitspausen zuhause verbringen zu können. Dieses Anliegen ist verständlich, auch wenn eine Arbeitswegzeit von täglich 40 bis 50 Minuten (Hin- und Rückfahrt) keinesfalls als unüblich angesehen werden kann. Ohne den von Kindern verursachten Umgebungslärm in ihrem vorherigen Wohnquartier in M wäre das Bedürfnis für einen Umzug möglicherweise weniger akut gewesen. Doch der Wunsch nach einer ruhigen Umgebung ist für sich ein weiterer guter Grund für einen Wohnungswechsel. Da sich die Kläger wegen der für sie aufgrund des Umgebungslärms unbefriedigend gewordenen Wohnsituation so oder anders nach einer neuen Wohnung umgeschaut haben, lag es für sie auf der Hand, in ihrer bevorzugten Destination X oder Y eine Wohnung zu suchen, um gleich auch den Arbeitsweg zu optimieren und dadurch Zeit und Kosten zu sparen. Weil sie zudem von den vormaligen Mietern davon

erfahren haben, dass die streitgegenständliche Wohnung der Beklagten frei würde, bevor sie zur Vermietung ausgeschrieben wurde, und sich die Kläger auf diese Weise grössere Chancen ausrechnen durften, den Zuschlag zu erhalten, wäre ein Verzicht auf den Vertragsabschluss mit der Beklagten unvernünftig gewesen. Ein Dritter in der gleichen Lage und mit den gleichen Vorstellungen wie die Kläger hätte sich wohl ebenfalls für einen Vertragsabschluss mit der Beklagten entschieden. Dabei mögen steuerliche Überlegungen ebenfalls eine Rolle gespielt haben, was aber an der Gesamteinschätzung, dass die Kläger andere, schützenswertere gute Gründe für ihren Umzug nach Y hatten, nichts zu ändern vermag. Eine eigentliche Notsituation muss nach dem in Erwägung 4 Gesagten nicht vorgelegen haben; ebenso wenig können Umstände gefordert werden, welche den Umzug nach Y für die Kläger zwingend gemacht hätten.

(Zwischenentscheid des Kantonsgerichts des Kantons Zug vom 12. März 2013)

## Art. 271 CO

# 10. Congé annulable contraire aux règles de la bonne foi

**La baillesse a principalement motivé son congé par la nouvelle politique locataire de l'immeuble, expliquant qu'elle avait toujours souhaité avoir dans ses immeubles des locataires actifs dans le domaine de la finance uniquement. Si la baillesse avait eu l'idée de pratiquer une telle politique locative dès l'acquisition de l'immeuble, elle n'aurait pas attendu quatre ans pour la mettre en œuvre alors qu'un seul locataire était concerné.**

### Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur une surface de bureaux d'environ 140 m<sup>2</sup> au 6<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à X. Le bail fut conclu pour une durée initiale de cinq ans, soit du 1<sup>er</sup> juin 1996 au 31 mai 2001, puis s'est renouvelé tacitement de cinq ans et cinq ans, sauf résiliation donnée avec un préavis de douze mois. Les locaux sont destinés à l'usage d'un cabinet de physiothérapie.

Le 16 novembre 2007, le locataire a contesté le décompte de charges pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2006 au 30 juin 2007, expliquant que les fr. 1800.– dont il s'acquittait représentaient un montant forfaitaire. Un changement de propriétaire est intervenu le 10 octobre 2006 et la baillesse a affirmé que le montant prévu constituait un acompte provisionnel.

Le 7 décembre 2009, la bailleuse a réclamé au locataire le paiement de fr. 2725.30 à titre de « frais annuels de chauffage/eau chaude/électricité et d'entretien » pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2008 au 30 juin 2009. Le locataire a à nouveau refusé de s'en acquitter, tout en exigeant, en sus d'un décompte détaillé, la clé de répartition. Le locataire ne s'est pas acquitté des montants qui lui étaient réclamés, sans toutefois que la bailleuse n'entreprene de démarches en vue de tenter de les recouvrer.

Par avis officiel de résiliation du 26 mai 2010, la bailleuse a résilié le contrat du locataire pour son échéance fixée au 31 mai 2011, sans indication de motifs. Par courrier du 4 août 2010, la bailleuse a justifié cette décision par son "changement de politique locative de l'immeuble", le locataire étant le seul à exercer une activité de type médical, les autres locataires étant actifs dans le domaine de la finance; elle a précisé qu'elle envisageait de réunir les locaux du locataire à ceux d'un autre locataire, exerçant dans le domaine de la finance.

Le 21 juin 2010, le locataire a contesté ce congé auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. La cause a été portée devant le Tribunal des baux et loyers qui a rendu un jugement le 27 août 2012, concluant à l'annulation du congé notifié au locataire. La bailleuse a interjeté appel de ce jugement.

## Extrait des considérants

4. L'appelante soutient que le congé notifié à l'intimé n'est pas contraire aux règles de la bonne foi et doit être validé.

4.1 En vertu de l'art. 271 al. 2 CO, un congé est annulable lorsqu'il contrevient aux règles de la bonne foi.

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 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A.322/2007 du 12 novembre 2007 consid. 6 ; LACHAT, op. cit., 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°s 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). 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 (LACHAT, op. cit., p. 733). La motivation du congé qui 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°s 290 et 319 ; Commentaire USPI, n° 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 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 (LACHAT, op. cit., n° 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° 2710, p. 399).

N'est pas contraire à la bonne foi le congé donné par le bailleur en vue de loger sa fille qui souhaite entreprendre des études, mais dont les projets ne sont pas encore définis. On ne saurait imposer à un propriétaire d'attendre le moment où le besoin est immédiat, sachant le temps habituellement nécessaire pour récupérer effectivement un appartement à partir de la résiliation (ACJC/253/1992 du 9 octobre 1992).

N'est de même pas contraire aux règles de bonne foi le congé donné par le bailleur en vue de mettre le logement à disposition de sa fille laquelle vient de l'étranger s'installer à Genève en vue de poursuivre sa formation (Arrêt du Tribunal fédéral 4A.46/2010 du 27 avril 2010 consid. 5.2).

Par ailleurs, 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 ; LACHAT, op. cit., n° 12 ad art. 271 CO).

La partie qui demande l'annulation du congé doit à tout le moins rendre vraisemblable la mauvaise foi de sa partie adverse (Arrêt du Tribunal fédéral 4A.472/2007 du 11 mars 2008, consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 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 (Arrêt du Tribunal fédéral 4A.472/2007 du 11 mars 2008 consid. 2.1). Il n'appartient pas au bailleur de démontrer sa bonne foi car cela reviendrait à renverser le fardeau de la preuve (ACJC/334/2002 du 18 mars 2002 ; BARBEY, Protection contre les congés concernant les baux d'habitation et de locaux commerciaux, thèse, Genève, 1991, n° 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).

**4.2** En l'espèce, l'appelante a principalement motivé son congé par la nouvelle politique locative de l'immeuble, expliquant qu'elle avait toujours souhaité avoir dans ses immeubles, sauf pour les arcades sises au rez-de-chaussée, des locataires actifs dans le domaine de la finance uniquement.

Toutefois, la véracité et le bien-fondé du motif invoqué paraissent sujets à caution au vu des éléments du dossier. En effet, l'appelante a attendu quatre ans après l'acquisition de l'immeuble pour mettre en place cette politique locative. Si l'appelante avait eu l'idée de pratiquer une telle politique locative dès l'acquisition de l'immeuble, elle n'aurait pas attendu aussi longtemps pour la mettre en œuvre alors qu'un seul locataire, l'intimé, était concerné.

Le peu de crédit qu'il y a lieu de donner à la thèse de l'appelante est renforcé par le fait qu'elle a attendu plus longtemps encore avant de résilier le bail de A, autre locataire de l'immeuble non actif dans le domaine financier et avec lequel elle avait également eu un litige, sans pouvoir démontrer à satisfaction de droit qu'elle aurait été empêchée de le faire plus tôt.

Le motif du congé n'est ainsi pas celui allégué d'un soudain souci de mettre en œuvre une politique locative décidée de longue date. L'appelante cherche en réalité à se débarrasser d'un locataire gênant qui a plusieurs fois fait valoir avec succès des prétentions découlant de son bail.



A cela s'ajoute encore que l'intimé a proposé, en mars 2009, de restituer les locaux litigieux de manière anticipée, moyennant le paiement d'une indemnité de départ de fr. 400 000.—. Or, si l'appelante avait été soucieuse de mettre en œuvre rapidement la politique locative qu'elle invoque aujourd'hui, elle aurait saisi l'occasion que lui offrait l'intimé pour reprendre possession des locaux et les relouer à un locataire travaillant dans le domaine financier.

Pour le surplus, l'appelante reconnaissant que les exemples de loyers comparatifs qu'elle a versés à la procédure ne satisfont pas aux exigences posées par la jurisprudence en la matière, il ne sera pas nécessaire d'examiner si le motif subsidiaire invoqué par elle à l'appui de la résiliation de bail est valable.

**4.3** Compte tenu des développements qui précèdent, l'appel sera rejeté et le jugement entrepris confirmé.

(Arrêt de la chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 17 juillet 2013)

## Art. 133 let. a CPC

# 11. Citation à comparaître

**Le bailleur soutient que la clause réglementant la communication des courriers entre bailleur et locataire, l'autorisait également à faire citer son locataire en justice en donnant au Tribunal l'adresse contractuelle pour adresse de notification.**

**Pareille extension de la portée de cette clause ne peut être couverte par son interprétation objective. Si le locataire peut comprendre raisonnablement que le bailleur est ainsi autorisé à faire parvenir tout courrier contractuel à cette adresse de correspondance, il ne peut en revanche pas déduire du texte et du but de la clause que le bailleur pourrait aussi l'assigner en justice à cette même adresse qui vaudrait ainsi domicile élu dans le cadre d'une procédure judiciaire.**

### Exposé des faits

Par courrier recommandé du 28 septembre 2012 adressé au Tribunal des baux et loyers, le bailleur a sollicité que soient prises les mesures d'exécution nécessaires à l'évacuation immédiate du locataire occupant un appartement de 3 pièces au 4<sup>ème</sup> étage d'un immeuble sis à Y.

Le pli recommandé, non réclamé par le destinataire, a été retourné au Tribunal des baux et loyers le 19 février 2013. Une nouvelle notification, toujours à l'adresse rue X à Y, a été remise "en mains de son amie".

Lors de l'audience du 4 mars 2013, seul le représentant du bailleur a comparu, indiquant qu'il n'avait pas de nouvelles du locataire cité. Le bailleur a néanmoins persisté dans sa requête en exécution d'évacuation.

Par jugement du 4 mars 2013, le Tribunal des baux et loyers a autorisé le bailleur à faire exécuter par la force publique l'évacuation du locataire de l'appartement précité. Ce jugement a été communiqué au locataire par acte d'huissier le 11 mars 2013.

Par acte reçu par le greffe de la Cour de justice le 21 mars 2013, le locataire a formé recours contre ce jugement. Le recourant s'est notamment plaint d'une violation des règles en matière de notification et d'une violation de son droit d'être entendu.

## **Extrait des considérants**

**4.4** L'art. 61 desdites conditions générales règlemente la communication des courriers entre bailleur et locataire, ces courriers étant réputés valablement adressés si le bailleur les envoie à l'adresse des locaux loués ou à l'adresse indiquée dans le bail ou encore s'il les envoie à une autre adresse où le locataire peut être atteint.

Cette clause ne contient aucun élément susceptible de la rendre insolite, de sorte que l'on doit admettre qu'elle est intégrée au contrat et lie le locataire.

Cela étant, il convient de l'interpréter pour en déterminer la portée.

En l'absence de tout indice susceptible d'établir qu'elle était à cet égard la réelle et commune intention des parties, il convient de procéder à une interprétation objective, selon le principe de la confiance.

Selon le texte de la clause, celle-ci est destinée à régir les communications ou notifications « relatives à l'exécution et à l'application du bail ».

Le bail étant un contrat de durée, il est nécessaire que les parties à ce contrat puissent compter que leurs communications leur parviennent effectivement et qu'elles conviennent à cet égard de règles pour l'adressage de leur correspondance.

Le bailleur envoie ainsi à ces adresses notamment les avis de hausse de loyer, de modification du bail ou de résiliation de celui-ci.

**4.5** Dans le cas présent, le bailleur soutient que cette clause l'autorisait également à faire citer son locataire en justice en donnant au Tribunal l'adresse contractuelle pour adresse de notification.

Pareille extension de la portée de cette clause ne peut être couverte par son interprétation objective. Si le locataire peut comprendre raisonnablement et de bonne foi, que le bailleur est ainsi autorisé à lui faire parvenir tout courrier contractuel à cette adresse de correspondance, il ne peut en revanche pas déduire du texte et du but de la clause que le bailleur pourrait aussi l'assigner en justice à cette même adresse qui vaudrait ainsi domicile élu dans le cadre d'une procédure judiciaire.

En l'espèce, le locataire pouvait d'autant moins faire pareille déduction que le bail avait pris fin et que son nouveau domicile avait été mentionné dans le cadre de la précédente procédure l'ayant opposé à son bailleur.

Dès lors, faute d'élection de domicile valable, la citation à comparaître envoyée au locataire à l'adresse des locaux loués, qui ne correspondait pas à son domicile officiel ou à sa résidence effective, était viciée.

**5.1** Selon la jurisprudence, l'inefficacité et la nullité d'un acte (de procédure) doivent être relevés d'office par toute autorité (ATF 122 I 97 consid. 3a ; 115 Ia 1).

Des vices de procédure qui tiennent à des violations du droit d'être entendu sont en soi guérissables et ne conduisent en règle générale qu'à l'annulabilité de la décision entachée du vice. S'il s'agit cependant d'un manquement particulièrement grave aux droits essentiels des parties, les violations du droit d'être entendu entraînent aussi la nullité. C'est en particulier le cas quand la personne concernée par une décision, à défaut d'avoir été citée, ignore tout de la procédure ouverte à son encontre et, partant, n'a pas eu l'occasion d'y prendre part. Par ailleurs, un jugement par défaut présuppose une citation régulière de sorte qu'un tel jugement ne peut être rendu si la citation est viciée (ATF 129 I 361 consid. 2.1 et 2.2 = JT 2004 II 47).

En raison de la nature formelle du droit d'être entendu, la violation de ce droit conduit à l'annulation de la décision entreprise indépendamment des perspectives de succès du recours (ATF 121 III 331 consid. 3c ; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_72/2013 du 19 mars 2013).

**5.2** Dans le cas présent, le recourant n'a pas été atteint par la citation qui a été expédiée à l'adresse de l'appartement loué où demeuraient ses sous-locataires et non à son domicile effectif, pourtant connu de l'intimé.

Il n'a pas été établi non plus que le recourant, nonobstant ce vice, ait eu connaissance en temps utile de l'audience tenue par le Tribunal et se soit abstenu de s'y rendre ou de s'y faire représenter.

Il apparaît qu'il n'a pas comparu et n'a pu faire valoir ses moyens.

Son droit d'être entendu a ainsi été violé, ce qui justifie, l'annulation du jugement entrepris.

(Arrêt de la chambre d'appel en matière de baux et loyers de Genève du 24 juin 2013)





