



---

**Mitteilungen zum Mietrecht**  
Auszüge aus Gerichtsentscheiden

---

**Communications concernant  
le droit du bail**  
Extraits de la jurisprudence

---

**Comunicazioni concernenti  
il diritto di locazione**  
Estratti di giurisprudenza



---

# Vorwort

Geschätzte Leserinnen und Leser

Seit Band 59 erscheinen die Mitteilungen zum Mietrecht im neuen Layout und die Leads der Urteile werden dreisprachig publiziert, ansonsten ist das Ziel auch im vorliegenden Band 61 dieser Fachpublikation gleichgeblieben: unserer treuen Leserschaft eine breit gefächerte Auswahl an kantonalen Urteilen vorzustellen, welche interessante Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen behandeln. Dabei versuchen wir stets, die Gerichtspraktiken der verschiedenen Schweizer Sprachregionen abzubilden, um so einen Beitrag zur Fortbildung der kantonalen Rechtsprechung zu leisten. Gleichzeitig erfüllen wir mit der Fachpublikation unseren Verordnungsauftrag, kantonale Urteile in geeigneter Form zu publizieren (vgl. dazu Art. 23 VMWG). Um diesem Auftrag nachzukommen, sind wir auf die Mithilfe der kantonalen Gerichte angewiesen, die uns die betreffenden Urteile zusenden. Dafür sprechen wir an dieser Stelle unseren Dank aus. Auch nach unserem Umzug nach Bern nehmen wir neue kantonale Urteile und redaktionelle Anregungen gerne per Post (Hallwylstrasse 4, 3003 Bern) oder E-Mail ([recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)) entgegen.

Wir wünschen Ihnen gute Lektüre.

---

# Avant-propos

Chères lectrices, chers lecteurs,

À partir du 59<sup>e</sup> volume, les Communications concernant le droit du bail sont publiées dans la nouvelle mise en page et avec des chapeaux des arrêts publiés en trois langues; toutefois, l'objectif de cette publication spécialisée demeure identique: présenter à nos fidèles lecteurs un large éventail de jugements cantonaux portant sur des questions juridiques intéressantes en matière de bail à loyer d'habitations et de locaux commerciaux. Nous nous attachons à montrer les pratiques judiciaires des différentes régions linguistiques suisses, dans un souci développement formatif. Cette publication nous permet en outre de remplir le mandat de publier les jugements cantonaux de manière appropriée que nous assigne l'ordonnance (art. 23 OBLF). Pour mener à bien cette mission, nous sommes liés à l'aide des tribunaux cantonaux, qui nous font parvenir les décisions relatives au droit du bail. Qu'ils en soient remerciés au travers de ces lignes. A la suite de notre déménagement à Berne, nous nous réjouissons de recevoir par courrier postal (Hallwylstrasse 4, 3003 Berne) ou par voie électronique ([recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)) les nouveaux jugements cantonaux ainsi que vos suggestions rédactionnelles.

Bonne lecture !

---

# Prefazione

Cari lettori,

Dal 59° volume, le Comunicazioni concernenti il diritto di locazione vengono pubblicate nella nuova veste grafica e con i cappelli delle sentenze in tre lingue; tuttavia, l'obiettivo di questa pubblicazione specializzata rimane invariato: presentare ai nostri fedeli lettori un'ampia scelta di sentenze cantonali su questioni giuridiche interessanti in materia di locazione di locali d'abitazione o commerciali. Cerchiamo sempre di riflettere le prassi giudiziarie delle varie regioni linguistiche svizzere per contribuire all'ulteriore sviluppo della giurisprudenza cantonale. Allo stesso tempo, adempiamo al nostro mandato di pubblicare le sentenze cantonali in forma adeguata (cfr. art. 23 OLAL). Per farlo, ci serve l'aiuto dei tribunali cantonali, che ci inviano le relative sentenze. In questa sede cogliamo dunque l'occasione per ringraziarli. In seguito al nostro trasferimento a Berna, siamo lieti di ricevere per posta (Hallwylstrasse 4, 3003 Berna) o in versione elettronica ([recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)) nuove sentenze cantonali e suggerimenti redazionali.

Buona lettura!



---

# Inhaltsverzeichnis

## Table des matières

### Indice

---

## 1 «Alterswohnen mit Dienstleistungen» – vertragsrechtliche Qualifikation

Beim sogenannten «Alterswohnen» bzw. «Alterswohnen mit Dienstleistungen» handelt es sich um einen Innominatkontrakt bestehend aus einem Miet- und einem Dienstleistungsvertrag. Da der Regelungsschwerpunkt bei der Vermietung des Wohnraums liegt, gelangen auf den gesamten Vertragskomplex die mietrechtlichen Regelungen zur Anwendung. Entsprechend kann weder der Dienstleistungsvertrag separat aufgelöst werden noch ist dieser ein nichtiges Koppelungsgeschäft i.S.v. Artikel 254 OR (E. 6).

Art. 18, 254, 266c, 266I OR

8

---

## 2 Résiliation anticipée

Une agression avec coups et blessures, menace à l'arme blanche et insultes à caractère raciste constitue une violation du devoir de diligence du locataire. Mais, avant ces événements, le locataire et son épouse n'ont jamais fait l'objet de plaintes de la part de leurs voisins en plus de 40 ans d'occupation de leur appartement. Dans ces conditions, il appartenait à la bailleresse de prendre contact avec ces locataires de longue date pour leur permettre de présenter leur version des faits. Rien ne dit que la notification d'une mise en demeure, avec menace d'expulsion, n'aurait pas suffi dans le cas d'espèce.

Art. 257f al. 4 CO

14

---

## 3 Vertretung nur möglich, wenn vertretene Person Partei ist

Welche Rechte mehreren Mietenden aus dem Mietvertrag zustehen und wie diese geltend zu machen sind, hängt von der Natur des Anspruchs und der Art der Gemeinschaft der Mietenden ab. Selbst wenn die Mietenden verheiratet sind, ist eine Vertretung nur dann möglich, wenn die vertretene Person Partei am fraglichen Verfahren ist. Eine Vertretung gemäss Artikel 166 ZGB greift in solchen Fällen nicht.

Art. 70 Abs. 1, 259a ff. OR / Art. 166 ZGB

17

---

## 4

### Défaut de la chose louée – réduction du loyer

En cas de climat d'insécurité et de peur permanente à cause d'un bailleur au caractère irascible, la pose d'un verrou de sécurité par la locataire ne suffit pas pour exclure une réduction du loyer selon l'article 259d CO, car cela n'a pas empêché le bailleur d'agresser verbalement la locataire depuis l'extérieur de son logement. Dans ce cas de figure le verrou ne permet ni d'exclure l'agression, ni de la prévenir.

Art. 259d CO

20

---

## 5

### Travaux de rénovation – plus-value

Lorsque le locataire signe une clause dans le contrat de bail disposant qu'à la fin de celui-ci les aménagements financés par le locataire - en particulier les installations fixes en vue d'exploiter un centre de cosmétique - sont acquis au bailleur, le locataire ne peut par la suite se prévaloir de l'application par analogie de l'article 260a alinéa 3 CO pour obtenir une indemnité. L'article 260a alinéa 3 CO est de caractère dispositif, mais les parties ont décidé d'user de leur liberté contractuelle, en prévoyant d'exclure explicitement toute compensation en cas d'aménagements.

Art. 260a al. 3 CO

23

---

## 6

### Mietzinsherabsetzung während laufendem Mietverhältnis

Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankenmässig bestimmbar. Die Mietzinsanpassung im laufenden Mietverhältnis erfolgt jedoch unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell. Es stellt eine Fiktion dar, dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Artikel 12a, 13, 14 und 16, sind nach einhelliger Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Artikel 269a OR (E. 4.1.3).

Art. 269 f., 270 f. OR / Art. 12 ff. VMWG

26

---

## 7

### Contestation loyer initial – formule officielle

Lorsque le bailleur transmet la formule officielle de fixation de loyer par voie électronique, mais que celle-ci a été remplie et signée de manière manuscrite, et s'il n'existe dès lors aucun doute sur l'identité de l'auteur de la formule, le locataire dénonçant un vice de forme poursuit un but non couvert par l'exigence de forme et se comporte de manière abusive.

Art. 270 al. 2 CO

34

## 8

### Bail à ferme agricole – résiliation annulable – abus de droit

L'article 2 alinéa 2 CC (abus de droit) est englobé dans l'application de l'article 271 CO (résiliation annulable). Par contre, dès le moment où l'article 271 CO ne s'applique plus, ce qui est le cas en l'espèce car l'article 271 CO est une norme de protection en matière de baux commerciaux qui ne s'applique pas à un contrat de bail à ferme agricole, il n'y a pas de raison pour que l'application de l'article 2 alinéa 2 CC soit écartée. Au contraire, il s'agit du dernier filet de sécurité légal permettant à celui qui a été victime d'une injustice manifeste de ne pas en subir les conséquences.

Art. 271 CO / Art. 2 al. 2 CC

37

## 9

### Unzulässige gerichtsinterne Verfahrensüberweisung

Stellt sich die Klägerin insbesondere im erstinstanzlichen Zivilverfahren auf den Standpunkt, dass die Mietstreitigkeit im einfachen Verfahren vom entsprechend zuständigen Spruchkörper (z.B. Einzelgericht) zu beurteilen ist, hat sich dieser Spruchkörper bei Nichterfüllung der Prozessvoraussetzungen auf einen Nichteintretensentscheid zu beschränken. Er darf den Fall unter diesen Umständen nicht von Amtes wegen in das ordentliche Verfahren und an einen anderen gerichtsinternen Spruchkörper (z.B. Kammer) überweisen.

Art. 63, 243 Abs. 2 lit. c ZPO

40

## 10

### Folgen der Säumnis – Wiederherstellungsgesuch?

Säumnis der klagenden Partei führt zum Nichteintretensentscheid. Um in der Folge ein Wiederherstellungsgesuch zu beantragen, reicht der erkennbare Wille. Ein solches Gesuch muss nicht ausdrücklich gestellt werden, jedoch muss in einem solchen Fall der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewährt werden. Liegt für die Säumnis der klagenden Partei kein entschuldbarer Grund vor, muss ein Wiederherstellungsgesuch – nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei – abgewiesen werden.

Art. 148 ff., 204, 208 ZPO

43

---

## «Alterswohnen mit Dienstleistungen» – vertragsrechtliche Qualifikation

Beim sogenannten «Alterswohnen» bzw. «Alterswohnen mit Dienstleistungen» handelt es sich um einen Innominatkontrakt bestehend aus einem Miet- und einem Dienstleistungsvertrag. Da der Regelungsschwerpunkt bei der Vermietung des Wohnraums liegt, gelangen auf den gesamten Vertragskomplex die mietrechtlichen Regelungen zur Anwendung. Entsprechend kann weder der Dienstleistungsvertrag separat aufgelöst werden noch ist dieser ein nichtiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Artikel 254 OR (E. 6).

---

### Qualification contractuelle du «logement pour personnes âgées avec prestations de services»

Le «logement pour personnes âgées» avec ou sans «prestations de services» constitue un contrat innommé composé d'un bail et d'un contrat de prestations de services. Comme l'essentiel de la réglementation porte sur la location du logement, les règles du droit du bail s'appliquent à l'ensemble du contrat. Par conséquent, le contrat de prestations de services ne peut pas être résilié séparément et n'est pas non plus une transaction couplée nulle au sens de l'article 254 CO (consid. 6).

---

### Qualifica contrattuale delle «Residenze per anziani con prestazione di servizi»

Nel caso delle residenze per anziani con o senza «offerta di servizi» si stipula un cosiddetto contratto innominato costituito da un contratto di locazione e da un contratto per la prestazione di servizi. Poiché il punto cardine del contratto riguarda la locazione dell'alloggio, il diritto di locazione si applica all'intero contratto. Non è quindi possibile né disdire il contratto di prestazioni separatamente né considerarlo un negozio abbinato nullo ai sensi dell'articolo 254 CO (consid. 6).

## Sachverhalt

A. [Mieter/Kläger] und die C. AG [Vermieterin/Beklagte] haben im Januar 2018 einen Mietvertrag für eine 1-Zimmerwohnung abgeschlossen. Darin wurde namentlich festgehalten, dass das Mietverhältnis unbefristet ist und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf ein Monatsende schriftlich gekündigt werden kann, erstmals auf 31. Juli 2018. Neben diversen weiteren Bestimmungen ist schliesslich folgendes festgehalten:

«a) Das Angebot «Wohnen mit Dienstleistungen» regeln zwei gesonderte Verträge:

- Mietvertrag
- Dienstleistungsvertrag

...

b) Jeder Vertrag regelt gesondert die Leistungen und den Preis dafür nach seinem Titel. Entsprechend ist der Preis der Gegenwert für die gebotene Leistung:

- Zurverfügungstellung des Mietraumes
- Dienstleistungen inkl. Verpflegung

...

e) Der Preis für die Dienstleistungen ist aus dem Dienstleistungsvertrag ersichtlich.

...

g) Grundsätzlich sind für das Angebot «Wohnen mit Dienstleistungen» der Gesamtpreis für beide Leistungspakete gleichzeitig zur Zahlung fällig. Wird nicht der Totalbetrag für beide Leistungspakete bezahlt, so ist die Verwendung der Zahlung ausdrücklich zu bezeichnen. Fehlt bei einem Teilbetrag der Verwendungszweck, so kann der Vermieter bzw. der Leistungserbringer alleine [...]

Schliesslich ist zuunterst, vor den Unterschriften festgehalten: «Die Vertragsparteien schliessen somit gleichzeitig den Mietvertrag und Dienstleistungsvertrag ab.»

Gleichentags haben die Parteien einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen, in welchem festgehalten ist, dass das Dienstleistungsverhältnis unbefristet ist und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf ein Monatsende schriftlich gekündigt werden kann; erstmals auf 31. Juli 2018. Unter Ziff. 2 des Dienstleistungsvertrages sind nebst einer einmaligen pauschalen Dossierbearbeitungsgebühr weitere Leistungen, wie beispielsweise Mittagessen, Betreuung, Beratung, 24-Std. Notrufsystem, gratis Festnetztelefonie sowie kostenlose Nutzung Waschmaschine und Tumbler aufgeführt.

Aufgrund diverser Vorkommnisse kündigte der Kläger telefonisch am 3. März 2018 den Dienstleistungsvertrag mit sofortiger Wirkung per 1. März 2018 in Anwendung

der auftragrechtlichen Bestimmung Art. 404 Abs. 1 OR. Am 25. Februar 2019 reichte der Kläger, nach gescheitertem Schlichtungsversuch, die Klage beim Regionalgericht Oberland ein und begehrte im Wesentlichen die Feststellung, dass der mit dem Mietvertrag angeblich verbundene Dienstleistungsvertrag als unzulässiges Koppelungsgeschäft i.S.v. Art. 254 OR nichtig sei und der Mietvertrag [...] weiter bestehe, eventualiter die Feststellung der gültigen Kündigung des Dienstleistungsvertrages mit Wirkung per 1. März 2018 aufgrund Art. 404 Abs. 1 OR.

## Aus den Erwägungen

...

### 4. Beweiswürdigung

Die Parteien haben unbestrittenermassen im Januar 2018 einen Miet- sowie einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen. Uneins sind sich die Parteien darüber, wie sich die rechtliche Qualifikation dieser Verträge darstellt. Der Kläger bringt vor, es handle sich um zwei separate Verträge, die je nach ihrer eigenen rechtlichen Qualifikation zu künden resp. aufzulösen seien, d.h. für den Mietvertrag gelte Mietrecht und für den Dienstleistungsvertrag gelte Auftragsrecht. Der Dienstleistungsvertrag sei daher jederzeit nach Art. 404 OR auflösbar, was er telefonisch am 3. März 2018 und schriftlich am 28. April 2018 je per 1. März 2018 getan habe. Die Beklagte bringt hingegen vor, es handle sich beim Miet- und Dienstleistungsvertrag um eine Einheit, für welche gesamthaft Mietrecht anzuwenden sei und die Kündigung nur schriftlich unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist möglich sei, welche der Kläger – da er die schriftliche Kündigung des Mietvertrags vom 28. April 2018 per 31. Juli 2018 mit Schreiben vom 15. Juni 2018 widerrufen habe - nicht ausgesprochen habe. Der Kläger beruft sich bei seiner Begründung einerseits darauf, dass zwei Verträge abgeschlossen worden seien, weshalb diese auch einzeln aufzulösen seien. Andererseits verweist der Kläger auf den Wortlaut des Mietvertrags, welcher von «zwei gesonderte Verträge» und «Jeder Vertrag regelt gesondert die Leistungen und den Preis dafür nach seinem Titel.» spricht. Die Beklagte hält dagegen, dass sie «Wohnen mit Dienstleistungen» anbieten würde und nicht einfach Wohnungen vermiete. Der Wortlaut des Mietvertrags halte auch klar fest: «Die Vertragsparteien schliessen somit gleichzeitig den Mietvertrag und Dienstleistungsvertrag ab.» Es sei zwar korrekt, dass die Leistungen - Zurverfügungstellung des Mietraums und

Dienstleistungen inkl. Verpflegung - in zwei Verträgen geregelt sei, jedoch seien diese nur zusammen gültig, was auch die gleichlautenden Kündigungsmöglichkeiten und -fristen zeigen würden. [...]

Aus den Beweismitteln sowie aus den Aussagen der Parteien [...] anlässlich der Hauptverhandlung schliesst das Gericht das Folgende:

Der Miet- als auch der Dienstleistungsvertrag wurden unbestrittenermassen am 09.01.2018 zwischen den Parteien abgeschlossen. Der Kläger zog anfangs Februar 2018 in [...] ein und bezog seine Mahlzeiten gemäss Dienstleistungsvertrag im Restaurant [...]. Seit März 2018 bezog der Kläger keine Mahlzeiten mehr, da er der Auffassung ist, den Dienstleistungsvertrag rechtsgenügend gekündigt zu haben. Der Dienstleistungsvertrag enthält jedoch nebst der Verpflegung weitere Positionen, welche zum einen nicht mit den im Mietvertrag enthaltenen Nebenkosten identisch sind, sondern den persönlichen Bedarf [...] des Klägers betreffen und zum anderen der Kläger diese Dienstleistungen auch nach seiner behaupteten Kündigung des Dienstleistungsvertrags weiterhin bezogen hat [...]. Der Mietvertrag wurde vom Kläger nicht gekündigt, resp. er hat sein Kündigungsschreiben zurückgezogen, womit dieses keine Wirkung entfalten konnte. Es gilt somit zu prüfen, ob es sich beim Miet- und Dienstleistungsvertrag um eine Einheit handelt, die nur gemeinsam aufgelöst werden kann und wenn ja, wie dieses Konstrukt rechtlich zu qualifizieren ist und welche Regelungen, insbesondere für die Auflösung, zur Anwendung gelangen.

## B. Rechtliche Würdigung

### 1. Allgemeines

Im Zentrum steht die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Vertragskonstrukts «Miet- und Dienstleistungsvertrag vom 09.01.2018». Vorliegend bietet die Beklagte [...] «Wohnen mit Dienstleistungen» an, wie sie in ihrer Stellungnahme, anlässlich der Hauptverhandlung darlegt und wie es auch aus dem Internetauftritt der Beklagten ersichtlich ist. Es stellt sich somit die Frage, ob es sich [...] vorliegend um ein Altersheim handelt, das mit seinen Bewohnern seinen sog. Heimvertrag schliesst.

### 2. Heimvertrag

In der juristischen Literatur werden die Verträge, welche den Aufenthalt in Alters- und Pflegeheimen regeln einheitlich als Heim-, Betreuungs-, Pensions- oder Pflegeverträge bezeichnet (vgl. dazu: PETER BREITSCHMID, (Mieter-) Schutz von Alters- und Pflegeheimbewohnerinnen, in: Pfleregerecht 2016 S. 24 - 26; PETER BREITSCHMID, DANIEL STECK, CAROLINE WITTWER, Der Heimvertrag, in: FamPra.ch 2009,

S. 867 - 897; SANDRA HOTZ, Der Betreuungsvertrag, in: FamPra.ch 2016, S. 815 - 873). Bei den sogenannten Heimverträgen handelt es sich um Innominatkontrakte, die sich aus Elementen verschiedener Vertragstypen, wie Miete, Auftrag, Werkvertrag, aber auch Kaufvertrag, zusammensetzen können. Bei den Heimverträgen treten jedoch die mietrechtlichen Elemente gegenüber auftragsrechtlichen und kaufrechtlichen in den Hintergrund; wobei es sich bei den mietrechtlichen Elementen um typenfremde Nebenleistungen handelt (statt vieler: BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 885). Was die Auflösung des Heimvertrags betrifft, so finden die Regelungen gemäss Auftragsrecht, d.h. Art. 404 OR Anwendung (BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 888). Dies wird damit begründet, dass das Schwergewicht des Heimvertrags bei der Pflege und Betreuung der Bewohner liegt und die Hauptleistung somit auftragsrechtlicher Natur ist; wobei die Beendigung des Heimvertrags bezüglich aller Komponenten nach einheitlichen Regelungen erfolgt (BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 888). Im vorliegenden Fall bietet die Beklagte nicht die Leistungen eines klassischen Alters- und Pflegeheims mit stationärer Rund-um-die-Uhr-Betreuung und -Pflege sowie Vollverköstigung an, sondern es handelt sich beim Angebot der Beklagten um ein «Wohnen mit Dienstleistungen» und somit um ein «gewöhnliches Alterswohnen». Entsprechend ist die rechtliche Qualifikation des Alterswohnens zu betrachten.

### 3. Alterswohnen

Beim Alterswohnen handelt es sich um spezifisch (insbesondere rollstuhlgängig, Alarmtaster o.ä.) eingerichtete Wohnungen, meist in räumlicher Nähe zu Heimen, von welchen ergänzende Dienstleistungen (Reinigung, Wäsche, Verpflegung) bezogen werden können (BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 884). Beim Alterswohnen stehen meist mietvertragliche Komponenten im Vordergrund und es ist von normalen, den Bestimmungen des Obligationenrechts unterliegenden Mietverträgen auszugehen, insbesondere da die Schutzbedürftigkeit der altersbedingt weniger mobilen Bewohnerschaft ausgeprägt ist (BREITSCHMID/STECK/WITTWER, a.a.O., S. 884).

Auch das Alterswohnen besteht aus Elementen verschiedener Vertragstypen, weshalb es sich auch dabei um einen Innominatkontrakt handelt (vgl. auch; IRENE BIBER, Die Anwendung der mietrechtlichen Schutzbestimmungen auf gemischte Verträge, in: mp 2014, S. 1 - 31; RAYMOND BISANG, Fragen im Zusammenhang mit gemischten Verträgen mit mietrechtlichem Einschlag, in: mp 2010 S. 235 - 256). Die Innominatkontrakte werden in der Lehre im Wesentlichen in gemischte und zusammengesetzte Verträge unterteilt.

Unter den gemischten Verträgen versteht man einen einheitlichen Vertrag, in welchem Elemente verschiedener Vertragstypen kombiniert werden, und zwar so, dass sie in ihrer Verbindung miteinander als zusammengehörend geschuldet werden (BISANG, a.a.O., S. 238). Bei den zusammengesetzten Verträgen hingegen, sind mehrere einheitliche und damit an sich selbständige Verträge in einer Weise verknüpft, dass sie sich wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen (BISANG, a.a.O., S. 239). In der Praxis erweist sich diese Unterscheidung von untergeordneter Bedeutung, da für beide Kategorien dieselben Kriterien zur Anwendung gelangen (BISANG, a.a.O., S. 239).

An dieser Stelle wird auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 118 II 157 E. 3a hingewiesen, in welchem Folgendes festgehalten wurde: «Bei aus verschiedenen Einzelverträgen zusammengesetzten Vertragskomplexen und bei gemischten Verträgen, die neben miet- oder pachtrechtlichen auch andere Elemente enthalten, ist nach der Rechtsprechung auf den Regelungsschwerpunkt abzustellen.

Demgemäss ist die Anwendung der miet- und pachtrechtlichen Vorschriften über die Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn die Überlassung des Miet- bzw. Pachtobjektes bloss als untergeordnete Nebenabrede erscheint, die Rechtsbeziehungen der Parteien mithin schwergewichtig durch andere Vertragsbestandteile geprägt werden.

In jedem Einzelfall ist daher, ausgehend von der Interessenlage der Parteien, wie sie in der von ihnen getroffenen vertraglichen Regelung zum Ausdruck gelangt, zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtsrechtslage zukommt.»

Wie bereits festgehalten, handelt es sich beim Angebot [der Beklagten] nicht um einen klassischen Heimvertrag, sondern um Alterswohnen. Nicht nur die Bezeichnung «Wohnen mit Dienstleistungen» und deren Ausgestaltung im Mietvertrag (dreiseitiges Dokument in doppelstaltiger Darstellung - wohingegen der Dienstleistungsvertrag lediglich knapp zweiseitig ist) lassen den Schluss zu, dass der Schwerpunkt des Vertragskomplexes auf den mietrechtlichen Regelungen liegt, sondern auch die Tatsache, dass die angebotenen Dienstleistungen im Vergleich zu einem Heimvertrag eine untergeordnete Bedeutung aufweisen. Entsprechend liegt der Regelungsschwerpunkt bei der Vermietung der Wohnung, womit es sich um einen Mietvertrag mit typenfremder Nebenleistung handelt (wohingegen der klassische Heimvertrag ein Vertrag mit typenfremder Hauptleistung darstellt, vgl. BISANG, a.a.O., S. 249).

#### 4. Vertragsauslegung

Nichts anderes ergibt sich bei der Auslegung der Verträge resp. des Vertragskomplexes (vgl. zum Ganzen: CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. Auflage, N 273 ff.):

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Verträge alleine nach dem Wortlaut auszulegen sind. Dies ist jedoch nicht zutreffend (vgl. Eindeutigkeitsregel, Sens-Clair-Doktorin; z.B. Pra 91 (2002) Nr. 22 E.1 b), wonach nur auf Interpretationsmethoden zurückgegriffen werden sollte, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages Zweifel aufkommen lässt oder unklar ist. [...] Aus Art. 18 Abs. 1 OR geht hervor, dass selbst der Sinn eines klaren Wortlauts nicht zwangsläufig massgebend ist und dass die reine Auslegung nach dem Wortlaut im Gegenteil gesetzeswidrig ist.). Die Lehre und Rechtsprechung haben Auslegungsregeln definiert, wobei zwischen der sog. subjektiven Auslegung, nämlich dem wirklichen Willen (Art. 18 OR) und der objektivierten Auslegung der Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip unterschieden wird. Dies bedeutet, dass primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien massgebend ist (Art. 18 Abs. 1 OR). Stimmt dieser bei den Parteien überein und ist er feststellbar, bildet er den Vertragsinhalt. Divergiert jedoch der Wille der Parteien bzgl. Nebenpunkten oder ist er nicht feststellbar, kommt das Vertrauensprinzip im Sinne der objektivierten Auslegung zur Anwendung. Bei der objektivierten Auslegung muss der Richter «die Erklärungen und das Verhalten nach der Vertrauensstheorie auslegen, indem er danach forscht, wie eine Erklärung oder eine Verhaltensweise unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände in gutem Glauben verstanden werden konnte» (BGE 131 III 606 = Pra 95 (2006), Nr. 80, E. 4.1). Als Zeitpunkt ist von der Situation der Parteien zur Zeit des Vertragsverschlusses (sog. Auslegung ex tunc) auszugehen. Anzumerken ist des Weiteren, dass bei Widersprüchen innerhalb des Vertrags derjenigen Bestimmung der Vorzug zu geben ist, die den Vertrag am ehesten zu einem sinnvollen Ganzen macht. Dies heisst, dass bei der Auslegung „stets der Gesamtzusammenhang im Auge zu behalten ist, d.h. die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages oder die Äusserungen einer Vertragspartei dürfen nicht von ihrem Kontext losgelöst werden, sondern sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (BGE 123 III 165, E. 3a). Dass die Auslegung sodann gesetzeskonform zu erfolgen hat, versteht sich von selbst.

Im vorliegenden Fall kann nicht eruiert werden, ob der Kläger bereits beim Vertragsabschluss der Auffassung gewesen ist, dass der Mietvertrag auch ohne den Dienstleistungsvertrag Bestand haben kann. Zumindest mittlerweile gibt er an, dieser Auffassung gewesen zu sein. Es ist somit davon auszugehen, dass die Parteien diesbezüglich keinen

übereinstimmenden inneren Willen gehabt haben. Im Anschluss an diese subjektive Auslegung ist das Vertrauensprinzip im Sinne der objektivierten Auslegung anzuwenden. Als Auslegungsmittel kommen neben dem Wortlaut des Vertrages, das Verhalten vor Vertragsabschluss, die Begleitumstände, die Interessenlage der Parteien, das Verhalten nach Vertragsabschluss sowie die Verkehrsübung ergänzend zur Anwendung. Wie bereits ausgeführt, kann nicht allein auf den Wortlaut abgestellt werden, er hat jedoch Vorrang vor den übrigen Auslegungsmitteln resp. steht am Beginn. Dies bedeutet: Auch dort, wo «der Wortlaut für sich allein einen klaren Sinn hat, bedarf dieser bei der Anwendung des Vertrauensgrundsatzes der Überprüfung aufgrund aller Umstände des Vertragsschlusses (BGer 4C.94/2000 vom 20.07.2000, E 2c).»

Zur Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz im vorliegenden Fall ist festzuhalten, dass es sich [...] um «Wohnen mit Dienstleistungen» handelt und nicht etwa um eine reguläre Miete. Dem Kläger musste somit bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses klar sein, dass es sich hier um ein betreutes Wohnen handelt und gewisse Dienstleistungen bezogen werden müssen. [...] Abgesehen davon, enthält - um auf den Wortlaut des Vertrages zurückzukommen - der Vertrag nicht explizit die Bestimmung, dass der Mietvertrag ohne den Dienstleistungsvertrag bestehen könne. Betrachtet man hingegen die Leistungen, welche im Mietzins enthalten sind (Mietzins für Mietobjekt, Nebenkosten, d.h. Kehrrichtabfuhrgebühren, Strom allgemein, Heizungs- und Warmwasserkosten, Wasser- /Abwassergebühr, Hauswartung und Treppenhausreinigung, Liftunterhalt und Betrieb), so fällt auf, dass darin keine über eine normale Miete hinausgehenden Nebenleistungen angeboten werden. Es braucht somit für ein Wohnen mit Dienstleistungen einen weiteren Vertrag, der die «Dienstleistungen» regelt. Es kann somit zusammenfassend festgehalten werden, dass auch die Vertragsauslegung zum Ergebnis führt, dass vorliegend ein Innominatkontrakt vorliegt.

#### 5. Prüfung der einzelnen Rechtsbegehren

Ausgehend von den obgenannten Ausführungen sind die Rechtsbegehren des Klägers zu prüfen.

In Rechtsbegehren Nr. 1 beantragt der Kläger die Feststellung der rechtsgenügelichen Kündigung resp. Auflösung gemäss Art. 404 Abs. 1 OR des Dienstleistungsvertrages per 1. März 2018. Hier ist festzuhalten, dass - wie oben ausgeführt - der Dienstleistungsvertrag Teil des Vertragskomplexes «Alterswohnen» darstellt und nicht separat - ohne gleichzeitige formrichtige Kündigung des Mietvertrags - aufgelöst werden kann. Für den gesamten Vertragskom-

plex gelangen die Regelungen des Mietrechts zur Anwendung, weshalb eine rechtsgenügeliche Kündigung schriftlich und unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zu erfolgen hat. Die erste Kündigung des Dienstleistungsvertrags durch den Kläger erfolgte telefonisch, weshalb sie nicht den Formvorschriften von Art. 266I OR entsprach und somit nicht gültig resp. rechtsgenügelich war. Seine zweite Kündigung erfolgte sodann zwar schriftlich am 28. April 2018 jedoch rückwirkend per 1. März 2018 und somit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gemäss Art. 266c OR, weshalb auch diese Kündigung nicht rechtsgenügelich war. Wie der Kläger selbst ausführt, hat er andererseits bei seinen Kündigungsversuchen jeweils nur den Dienstleistungsvertrag - ohne gleichzeitige Kündigung des Mietvertrags - auflösen wollen. Entsprechend liegt keine rechtsgenügeliche Kündigung des Dienstleistungsvertrags (da rechtlich nicht zulässig) und auch keine rechtsgenügeliche Kündigung des gesamten Vertragskomplexes (inkl. Miete der Räumlichkeiten) vor. Das Rechtsbegehren ist somit abzuweisen.

Rechtsbegehren Nr. 2 stellt ein Eventualantrag zu Rechtsbegehren Nr. 1 dar und verlangt die Feststellung, dass der mit dem Mietvertrag angeblich verbundene mietrechtsfremde Dienstleistungsvertrag als unzulässiges Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 254 OR nichtig sei. Betreffend Koppelungsgeschäfte ist vorab festzuhalten, dass diese lediglich unzulässig sind, wenn die darin dem Mieter auferlegte Verpflichtung nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängt. Beim hier in Frage stehenden Dienstleistungsvertrag handelt es sich jedoch gerade um mit der Wohnnutzung, insbesondere mit der Nutzung von Alterswohnungen, zusammenhängende Aspekte wie Notrufsystem, Brandmeldeanlage, persönlicher Stromverbrauch etc., weshalb es sich nicht um ein unzulässiges Koppelungsgeschäft handelt. Die Sichtweise des Klägers greift jedoch so oder anders zu kurz, da es durchaus auch gültige zusammengesetzte Verträge (auch gekoppelte Verträge genannt, siehe Bisang, a.a.O., S. 239) respektive gemischte Verträge gibt, welche nicht nichtig sind. Dabei sei auf den zuvor zitierten BGE 118 II 157 E. 3a verwiesen, welcher einen solchen zusammengesetzten Vertragskomplex betrifft. Insofern kann festgehalten werden, dass der gesamte Vertragskomplex «Alterswohnen» mangels rechtsgenügelicher Kündigung weiterhin Gültigkeit hat und der darin enthaltene Dienstleistungsvertrag kein nichtiges Koppelungsgeschäft gemäss Art. 254 OR darstellt. Rechtsbegehren Nr. 2 des Klägers ist abzuweisen.

...

## 6. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich beim Vertragskomplex «Alterswohnen» bestehend aus dem Miet- und Dienstleistungsvertrag vom 09.01.2018 um einen Innominatkontrakt handelt. Der Vertragskomplex regelt ein sog. «Alterswohnen», bei welchem nebst der Zurverfügungstellung weitere Dienstleistungen angeboten werden. Die in diesem Zusammenhang geschlossenen Verträge resp. der Vertragskomplex unterliegt einheitlichen Regelungen, wobei aufgrund des Regelungsschwerpunkts bei der Vermietung des Wohnraums auf den gesamten Komplex die mietrechtlichen Regelungen zur Anwendung gelangen. Entsprechend konnte der Kläger weder den Dienstleistungsvertrag separat auflösen, noch ist dieser ein nichtiges Koppelungsgeschäft (Rechtsbegehren Nrn. 1 und 2). [...]

---

Entscheid des Regionalgerichts Oberland (BE) vom 10. Oktober 2019 (CIV 19 534)

---

---

## Résiliation anticipée

**Une agression avec coups et blessures, menace à l'arme blanche et insultes à caractère raciste constitue une violation du devoir de diligence du locataire. Mais, avant ces événements, le locataire et son épouse n'ont jamais fait l'objet de plaintes de la part de leurs voisins en plus de 40 ans d'occupation de leur appartement. Dans ces conditions, il appartenait à la bailleuse de prendre contact avec ces locataires de longue date pour leur permettre de présenter leur version des faits. Rien ne dit que la notification d'une mise en demeure, avec menace d'expulsion, n'aurait pas suffi dans le cas d'espèce.**

---

### Vorzeitige Kündigung

Ein Angriff mit Körperverletzung, Bedrohung mit einer Stichwaffe und rassistischen Beleidigungen stellt eine Verletzung der Sorgfaltspflicht des Mieters dar. Jedoch gab es in den über vierzig Jahren vor diesen Ereignissen nie Beschwerden seitens der Nachbarn über den Mieter und seine Frau. Unter diesen Umständen hätte es Aufgabe der Vermieterin sein müssen, mit den langjährigen Mietern Kontakt aufzunehmen, um ihnen die Möglichkeit zu geben, ihre Version der Ereignisse darzulegen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die Zustellung einer Mahnung mit Kündigungsandrohung in diesem Fall nicht ausgereicht hätte.

---

### Disdetta anticipata

Un'aggressione con lesioni, insulti a fondo razzista e minacce con arma bianca è una violazione all'obbligo di diligenza del conduttore. Tuttavia, prima dell'episodio in questione il conduttore e la coniuge non erano mai stati oggetto di denuncia da parte del vicinato, e questo in oltre 40 anni di presenza nello stabile. Alla luce di queste considerazioni, la locatrice avrebbe dovuto contattare i suoi inquilini di lunga data per sentire la loro versione dei fatti. Nulla infatti lascia supporre che non sarebbe bastata una diffida scritta con minaccia di sfratto.

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail du 16 janvier 1976 portant sur la location d'un appartement de 5 pièces au rez-de-chaussée d'un immeuble sis à C. (GE).

Le [...] une altercation est survenue entre le locataire et sa voisine de palier au sujet de l'occupation d'une place de parking. Le même jour, la voisine s'est rendue à la consultation d'urgence d'une clinique, se plaignant d'avoir reçu un coup à la joue droite de la part de son voisin.

La voisine a déposé plainte pénale contre le locataire [...] pour coup et blessure, insultes et propos racistes, ainsi que menace avec une arme blanche. Le [...] le Ministère public a rendu une ordonnance pénale déclarant le locataire coupable de lésions corporelles simples, d'injures et de menaces. Il l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à fr. 30.- le jour-amende, avec sursis durant trois ans. Le locataire a formé opposition de cette ordonnance pénale.

La voisine a averti la bailleuse des événements du [...]. Par avis officiels du 19 juin 2017, la bailleuse a résilié les baux de l'appartement et de la place de parking avec effet immédiat, sur la base de l'art. 257f al. 4 CO.

Par pli recommandé du 21 juin 2017, les locataires ont indiqué à la bailleuse qu'ils n'acceptaient pas la décision de résilier leurs baux avec effet immédiat, alors que la bailleuse avait pris parti pour leur voisine sans les entendre.

Le 26 juin 2017, les locataires ont contesté les congés extraordinaires auprès de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers.

Par jugement du 10 avril 2019, le Tribunal des baux et loyers a déclaré efficaces les congés notifiés aux locataires. Les locataires ont formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

3. Le deuxième grief des appelants porte sur l'application de l'art. 257f al. 4 CO. Ils contestent l'existence de faits suffisamment graves pour justifier un congé extraordinaire au sens de cette disposition.

3.1 Selon l'art. 257f al. 2 CO, le locataire est tenu d'avoir pour les personnes habitant la maison et les voisins les égards qui leur sont dus. S'il persiste à manquer d'égards envers les voisins, nonobstant une protestation écrite du

bailleur, à tel point que le maintien du bail devient insupportable pour ce dernier ou les personnes habitant la maison, l'art. 257f al. 3 CO autorise le bailleur à résilier le contrat moyennant un délai de congé minimum de 30 jours pour la fin d'un mois. La violation du devoir de diligence prescrit par l'art. 257f al. 2 CO peut consister, notamment, dans le non-respect du repos nocturne, qui porte atteinte à la tranquillité des autres locataires. Les manques d'égards envers les voisins doivent revêtir un certain degré de gravité. Comme la résiliation doit respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité, il faut, en outre, que le maintien du bail soit insupportable pour le bailleur ou pour les personnes habitant la maison. Cette question doit être résolue à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce, antérieures à la résiliation du bail (ATF 136 III 65 consid.2.5). Le congé donné pour une violation du devoir de diligence qui ne rend pas la poursuite du bail intolérable est un congé inefficace (arrêts du Tribunal fédéral 4C.273/2005 du 22 novembre 2005 consid. 2.1 ; 4C.118/2001 du 8 août 2001, consid. 1b/bb/bbb et l'auteur cité).

La résiliation «exceptionnellement extraordinaire» visée à l'art. 257f al. 4 CO (sans délai, sans protestation préalable, sans preuve que la poursuite du bail devient insupportable, effet immédiat) peut être signifiée par le bailleur s'il observe que le locataire - ou l'un de ses auxiliaires - provoque intentionnellement, ou par dol éventuel, un préjudice grave à la chose. Ainsi en est-il d'un acte volontaire d'incendie ou de sabotage des locaux loués à titre d'habitation ou commercial. La faute du locataire, ou celle d'une personne dont il répond, doit être intentionnelle ; elle sera le plus souvent, sinon toujours, la cause d'une infraction pénale. Ainsi en est-il également, par une interprétation extensive systématique de la règle par la doctrine, d'une atteinte délibérée aux droits de la personnalité de voisins ou à leurs biens. En toute hypothèse, il doit s'agir d'une violation qualifiée du contrat (WESSNER, dans Droit du bail à loyer, Commentaire pratique, BOHNET/MONTINI, 2<sup>ème</sup> éd. 2017, n. 40 et 41 ad art. 257f CO, et auteurs cités).

3.2 A teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée plus haut, il convient de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce pour examiner l'efficacité de la résiliation extraordinaire notifiée en application de l'article 257f al. 3 CO, soit après qu'une vaine mise en demeure a été notifiée au locataire. Ces conditions doivent a *fortiori* être prises en considération dans le cadre de la notification d'un congé extraordinaire immédiat, qui met un terme au contrat sans que le locataire ait eu l'occasion de se mettre - ou se remettre -, en conformité avec ce qui est attendu de lui.

En outre, le texte clair de l'art. 257f al. 4 CO mentionne que le locataire doit avoir causé volontairement un préjudice « à la chose ». L'interprétation extensive faite par la doctrine quant à la possibilité de tenir compte également d'une atteinte aux droits de la personnalité des voisins doit ainsi être suivie avec retenue.

3.3 En l'espèce, il est établi qu'en raison d'une dispute ayant pour objet l'utilisation d'une place de parking, le locataire a crié sur sa voisine, l'a insultée, l'a frappée au visage et a sorti un couteau suisse de sa poche, dans l'intention de lui faire peur. Tous ces actes ont été exécutés en connaissance de cause et alors que le locataire n'était pas démuné de sa capacité de discernement.

On ne saurait qualifier lesdits actes autrement que par une violation du devoir de diligence, d'une gravité certaine, commise par le locataire.

Cela étant, avant ces événements, ce dernier et son épouse n'ont jamais fait l'objet de plainte de la part de leurs voisins, en plus de 40 ans d'occupation de leur appartement. Dix voisins, y compris les concierges de l'immeuble depuis 35 ans, ont écrit à la régie pour en témoigner, de même que pour manifester leur étonnement quant aux conséquences de la querelle les ayant opposés à la voisine.

Dans ces conditions, il appartenait à la bailleuse de prendre contact avec ces locataires de longue date pour leur permettre de lui présenter leur version des faits.

Certes la bailleuse a fait état de la gravité du comportement du locataire, mais compte tenu du fait qu'il s'agissait du premier incident le mettant en cause, rien ne dit que la notification d'une mise en demeure, avec menace de résiliation, n'eût pas suffi dans le cas d'espèce.

Enfin, le locataire n'a pas causé de préjudice à la chose elle-même.

Au vu de ce qui précède, les circonstances du cas d'espèce ne justifient pas la notification d'un congé immédiat sur la base de l'art. 257f al. 4 CO.

Le jugement entrepris sera par conséquent réformé sur ce point et les congés notifiés le 19 juin 2017 seront déclarés inefficaces.

---

## Vertretung nur möglich, wenn vertretene Person Partei ist

**Welche Rechte mehreren Mietenden aus dem Mietvertrag zustehen und wie diese geltend zu machen sind, hängt von der Natur des Anspruchs und der Art der Gemeinschaft der Mietenden ab. Selbst wenn die Mietenden verheiratet sind, ist eine Vertretung nur dann möglich, wenn die vertretene Person Partei am fraglichen Verfahren ist. Eine Vertretung gemäss Artikel 166 ZGB greift in solchen Fällen nicht.**

---

### Représentation possible que si la personne représentée est partie à la procédure

Les droits de plusieurs locataires en vertu du bail et la manière de les faire valoir dépendent de la nature de la prétention et du type de communauté qui unit les locataires. Même si les locataires sont mariés, une représentation n'est possible que si la personne représentée est partie à la procédure en question. Une représentation au sens de l'article 166 CC n'est pas possible dans de tels cas.

---

### Rappresentanza possibile soltanto se la persona rappresentata è una delle parti

Quali diritti derivino dal contratto di locazione per più conduttori e come possono essere fatti valere dipende dalla natura del singolo diritto e dal tipo di comunità dei conduttori. Anche in caso di unione coniugale dei conduttori la rappresentanza è possibile solamente se la persona rappresentata è una delle parti in causa. Nella fattispecie non trova applicazione una rappresentanza conformemente all'articolo 166 CC.

## Sachverhalt

Seit dem 1. Juli 2010 mietete der Kläger (Mieter), zusammen mit seiner Frau, eine 4½-Zimmerwohnung in K.. Im Laufe des Mietverhältnisses informierten der Kläger und seine Ehefrau die Vermieterin (Beklagte) mehrfach, dass sich kleine Partikel des Verputzes an den Wänden und Decken der Wohnung lösten und ersuchten um eine Lösung zur Verbesserung dieses Umstandes.

Da keine Lösung gefunden werden konnte, leitete der Kläger bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen Klage ein. Hierbei machte er einen Baumangel geltend und verlangte einen Schadenersatz von Fr. 13 000.00 (Putzaufwand seiner nicht anderweitig arbeitstätigen Ehefrau à Fr. 25.00 pro Stunde für den Zeitraum der letzten fünf Jahre vor der Schlichtungsverhandlung).

Nach erfolglosem Einigungsversuch vor der Schlichtungsstelle erhob der Mieter (alleine, ohne seine Ehefrau) am 29. Oktober 2019 Klage beim Bezirksgericht.

## Aus den Erwägungen

### 2. Gemeinsame Miete (Aktivlegitimation)

Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der Mietvertrag nicht nur vom Kläger selber, sondern auch von dessen Ehefrau unterzeichnet worden ist.

In welcher Form die Rechte mehreren Mietern aus dem Mietvertrag zustehen und wie sie diese geltend zu machen haben, hängt einerseits von der Natur des Anspruchs (z.B. Übertragung der Mietsache, Gestaltungsrechte, Besitzschutzrechte) und andererseits von der Art der Gemeinschaft ab, welche die Mieter untereinander bilden. Die Übertragung der Mietsache sowie deren Unterhalt stellen unteilbare Sachleistungen des Vermieters dar, welche die Mieter gestützt auf Art. 70 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) zu fordern berechtigt sind, sofern die Regeln, welche ihr Gemeinschaftsverhältnis bestimmen Art. 70 Abs. 1 OR nicht vorangehen. Mehrere Mieter sind Mitbesitzer des Mietobjekts, soweit der einzelne die tatsächliche Verfügungsmacht darüber hat. Demgemäss steht jedem der mehreren Mieter der Besitzschutz Dritten gegenüber zu, gegenüber dem Vermieter nach Massgabe des Gemeinschaftsverhältnisses. Die Ausübung von Gestaltungsrechten durch mehrere Mieter richtet sich nach den Regeln des Innenverhältnisses, gegenüber der Vermieterschaft nach den Grundsätzen der Stellvertretung

und des Vertrauensschutzes. Kündigungen der Mieter sind von allen Mietern an alle vermietetseitigen Vertragspartner zu richten (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Vorb. Art. 253 - 273c OR, RZ 121 ff.). Nach Mietantritt stehen den Mietern bei Mängeln, die der Vermieter zu vertreten hat, die Rechte aus Art. 259a ff. OR zu. Die Rechtslage ist zu unterscheiden je nach Art der Rechte, die ausgeübt werden sollen. Wird die Beseitigung des Mangels verlangt (Art. 259b OR) besteht darin die Geltendmachung der Vertragserfüllung (Realerfüllung), was angesichts der vom Vermieter geschuldeten unteilbaren Leistung (Art. 70 Abs. 1 OR) jeder Mieter – durch Begehren um Erfüllung gegenüber allen Mietern – fordern darf. Bei der Herabsetzung des Mietzinses (Art. 259d OR) und der fristlosen Kündigung (Art. 259b lit. a OR) geht es jedoch um unteilbare, den Vertrag insgesamt beschlagende Gestaltungsrechte, die nur gemeinsam oder über einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden können. Bei Schadenersatz (Art. 259e OR) ist Teilgläubigerschaft der mehreren Mieter anzunehmen (JÖRG SCHMID, Die gemeinsame Miete — ausgewählte Fragen, AJP 1/2016, S. 31 ff., S. 34). Bei der Teilgläubigerschaft sind mehrere Gläubiger unabhängig voneinander pro rata an einer teilbaren Forderung berechtigt, wobei die Leistung in ihrer Gesamtheit nur einmal zu erbringen ist. Hier kann jeder Gläubiger selbständig den ihm zustehenden Teil der Leistung verlangen und der Schuldner muss den entsprechenden Teil an jeden Gläubiger separat leisten. Die Teilforderungen bilden hier nur insoweit ein Ganzes (eine ganze Forderung), als sie aus dem gleichen Rechtsgrund entstanden sind. Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang auf die Lehrmeinungen von HUGUENIN und KOLLER hin, welche in Anlehnung an § 420 des deutschen BGB davon ausgehen, dass wenn mehrere eine teilbare Leistung schulden oder mehrere eine teilbare Leistung fordern, im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Teil verpflichtet bzw. jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteil berechtigt ist (BGer 4A\_465/2013 vom 3. März 2014, E. 2.2.3.).

Wie oben ausgeführt, wurde der Mietvertrag sowohl vom Kläger als auch von dessen Ehefrau unterzeichnet. Nachdem vorliegend Schadenersatz im Sinne von Art. 259e OR geltend gemacht wird (Fr. 13 000.00 für Reinigungsarbeiten), sind der Kläger und dessen Ehefrau als Teilgläubiger zu betrachten. Das heisst, sie können zusammen die gesamte Forderung bzw. jeder alleine jeweils die Hälfte der Forderung geltend machen. Zwar lautet im vorliegenden Fall die Klagebewilligung auf beide Ehegatten, doch wurde sowohl das Schlichtungsgesuch für die Schlichtungsbehörde in Mietsachen als auch die anschliessend vor Bezirksgericht eingereichte Klage lediglich vom Kläger ausgefüllt und auch nur von ihm unterzeichnet.

Dies führt dazu, dass der Kläger im vorliegenden Verfahren lediglich die Hälfte der fraglichen Schadenersatzforderung geltend machen kann. Daran ändern im Übrigen auch die Ausführungen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2020 nichts, wonach er die Klage im Namen der Familie eingereicht habe und hier auch seine Ehefrau vertrete [...]. Eine Vertretung ist nur dann möglich, sofern eine Person überhaupt Partei am fraglichen Verfahren ist. Einer solchen Parteistellung fehlt es aber bereits, da die Klage allein im Namen des Klägers eingereicht und auch nur von ihm unterzeichnet worden ist. Selbst wenn die Ehefrau des Klägers als Partei bezeichnet werden könnte, so hätte der Kläger zum Nachweis der rechtsgenügenden Vertretungsbefugnis eine von der Ehefrau unterzeichnete Vollmacht einreichen müssen, was vorliegend nicht der Fall ist. Auch eine Vertretung des Ehegatten gestützt auf Art. 166 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) ist nicht möglich, da es sich in casu weder um laufende Bedürfnisse handelt, noch eine Ermächtigung seitens des Gerichts bzw. dringende Geschäfte vorliegen. Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Ehefrau des Klägers nicht Partei des vorliegenden Verfahrens ist und der Kläger als Teilgläubiger somit grundsätzlich nur die Hälfte der geltend gemachten Forderung einfordern kann.

---

Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts Kreuzlingen vom 23. Oktober 2020 (B.2019.51 E §-2020-140)

---

---

## Défaut de la chose louée – réduction du loyer

**En cas de climat d'insécurité et de peur permanente à cause d'un bailleur au caractère irascible, la pose d'un verrou de sécurité par la locataire ne suffit pas pour exclure une réduction du loyer selon l'article 259d CO, car cela n'a pas empêché le bailleur d'agresser verbalement la locataire depuis l'extérieur de son logement. Dans ce cas de figure le verrou ne permet ni d'exclure l'agression, ni de la prévenir.**

---

### Mangel der Mietsache – Herabsetzung des Mietzinses

Verbreitet ein Vermieter durch jähzorniges Gebaren Unsicherheit und ständige Angst, reicht das Anbringen eines Sicherheitsschlosses durch die Mieterin nicht aus, um eine Herabsetzung des Mietzinses gemäss Artikel 259d OR auszuschliessen, da das Schloss den Vermieter nicht davon abgehalten hat, die Mieterin durch die Tür hindurch verbal anzugreifen. In diesem Fall kann das Schloss einen Übergriff weder ausschliessen noch verhindern.

---

### Difetto della cosa locata – riduzione del corrispettivo

Se vige un clima permanente di insicurezza e paura a causa di un locatore irascibile, il fatto che la conduttrice abbia montato un chiavistello di sicurezza sulla porta non è sufficiente per escludere una riduzione del corrispettivo (art. 259d CO): il chiavistello non ha infatti impedito al locatore di aggredire verbalmente la conduttrice dall'esterno. Nella fattispecie il chiavistello non permette né di escludere né di prevenire l'aggressione.

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer oral portant sur la location d'un appartement sis à P., prenant effet dès le 1<sup>er</sup> avril 2017, et dont le loyer était fixé à fr. 1150.-.

Le 24 décembre 2018, le bailleur a résilié le contrat de bail à loyer avec effet au 31 mars 2019. Le 18 janvier 2019, la locataire a contesté la résiliation en saisissant la Commission de conciliation en matière de bail à loyer.

Le 28 février 2019, le bailleur a à nouveau résilié le contrat de bail avec effet au 31 mai 2019. Cette résiliation a à nouveau été contestée par requête de conciliation le 20 mars 2019. Le 8 mai 2019, la locataire a ouvert action en annulation du congé, les deux actions étant jointes.

Le propriétaire a eu un comportement colérique et violent envers la locataire. En particulier, le 11 août 2019, il a forcé la porte de l'appartement litigieux. La locataire a décidé de poser un verrou supplémentaire de sécurité le 23 août 2019. La locataire a déposé plainte pénale contre le bailleur pour injure, violation de domicile, extorsion et chantage et tentative de contrainte. Le comportement violent du bailleur s'est poursuivi et la locataire avait très peur d'être agressée. Le 5 octobre 2019, le bailleur a en effet menacé la locataire à l'extérieur de son appartement. Le 16 octobre 2019, le bailleur a une fois encore injurié et menacé la locataire. Le 8 octobre 2019, la locataire a déposé une nouvelle plainte pénale. Finalement, la locataire a cédé aux pressions du bailleur et a conclu un nouveau contrat de bail à loyer, pour le 1<sup>er</sup> février 2020. Elle a relevé que le bailleur l'avait contrainte à vivre dans l'angoisse jusqu'à son départ le 31 janvier 2020.

Par décision du 18 juin 2020, le Tribunal des baux a partiellement admis l'action de la locataire, condamnant notamment les propriétaires à verser à la locataire fr. 115.- au titre de réduction de loyer du 11 août 2019 au 23 août 2019. La locataire a interjeté appel de ce jugement.

## Extrait des considérants

2.4.2 Il ne fait aucun doute que, par son comportement colérique et menaçant, l'intimé a placé l'appelante, qui vivait seule, dans un climat d'insécurité et de peur permanent, lui faisant craindre à tout moment une nouvelle agression et l'empêchant ainsi d'utiliser sereinement l'appartement loué. L'intimé a non seulement menacé et insulté l'appelante, mais il a également tenté de l'intimider afin qu'elle

lui paie le loyer de l'appartement et qu'elle quitte le logement, comportement qu'il a dans l'ensemble admis, étant précisé que le Ministère public a rendu une ordonnance pénale à l'encontre de l'intimé concernant ces faits pour injure, menaces et violation de domicile et qu'il va prochainement en rendre une autre pour tentative d'extorsion et tentative de contrainte [...]. L'appelante, apeurée et angoissée, a du reste fini par conclure, le 12 octobre 2019, un nouveau contrat de bail. Le comportement emporté et inquiétant de l'intimé a également été rapporté par C.. En outre, même devant le Tribunal de baux, l'intimé n'a pas su contenir ses émotions et a fait une démonstration de son caractère irascible et réfractaire à toute autorité (le propriétaire s'est levé, s'est énervé en déclarant qu'il n'entendait que des tissus de mensonges et a quitté la salle du tribunal. En sortant, il a encore invectivé les témoins qui se trouvaient dans la salle d'attente [...]. Ainsi, si les craintes de l'appelante étaient légitimes et raisonnables, il convient toutefois de relever que l'intimé s'est limité à deux agressions verbales et ne s'en est jamais pris physiquement à l'appelante. Cette dernière avait en outre installé un verrou de sécurité à partir du 23 août 2019, de sorte qu'au moins dans son appartement, elle pouvait se sentir en sécurité. Elle ne croisait par ailleurs pas tous les jours son bailleur qui vivait dans une autre commune, comme ce serait le cas d'un autre locataire de l'immeuble. Partant, compte tenu de tous ces éléments, la Cour considère qu'une réduction de loyer de 20 %, telle que retenue par le Tribunal, est justifiée et adéquate.

Concernant la durée de réduction de loyer, la Cour est d'avis que si la pose d'un verrou de sécurité par l'appelante, le 23 août a pu lui donner un sentiment de sécurité à l'intérieur de son appartement, il n'en demeure pas moins que, lors de la seconde altercation, l'intimé a agressé verbalement l'appelante à l'extérieur de son logement et que le verrou n'a pas permis d'empêcher cette agression. De plus, le propriétaire s'en est pris à l'appelante à deux reprises, à moins d'un an d'intervalle, de sorte qu'elle pouvait légitimement craindre qu'il recommencerait, d'autant plus vu les tensions qui existaient entre eux et la procédure civile les opposant qui était pendante. La Cour considère donc que le comportement imprévisible et impulsif de l'intimé a légitimement conduit l'appelante à vivre constamment dans l'angoisse et la peur de le voir faire irruption et l'agresser et ce jusqu'à son départ de l'appartement qui a eu lieu le 31 janvier 2020.

Partant, une réduction de loyer de 20 % est accordée à la locataire depuis le jour de la première altercation, soit du 11 août 2019, jusqu'au 23 août 2019, et du 5 octobre 2019, date de la seconde altercation, jusqu'au 31 janvier

2020, date à laquelle l'appelante a quitté l'appartement, soit un montant de CHF 996.60 (CHF 1150.- x 20 % / 30 x 130 jours (12+26+30+31+31)). Ce montant porte intérêts à 5 % l'an dès le 18 octobre 2019, date de la réception par les intimés du mémoire complémentaire de l'appelante du 16 octobre 2019 dans lequel elle fait état de la deuxième agression verbale. En effet, un intérêt moratoire est dû dès la mise en demeure ou, en cas de procès, dès la communication de la demande par l'autorité au bailleur (art. 105 CO; LACHAT, p. 319).

---

Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 11 janvier 2021 (102 2020 129)

---

---

## Travaux de rénovation – plus-value

Lorsque le locataire signe une clause dans le contrat de bail disposant qu'à la fin de celui-ci les aménagements financés par le locataire - en particulier les installations fixes en vue d'exploiter un centre de cosmétique - sont acquis au bailleur, le locataire ne peut par la suite se prévaloir de l'application par analogie de l'article 260a alinéa 3 CO pour obtenir une indemnité. L'article 260a alinéa 3 CO est de caractère dispositif, mais les parties ont décidé d'user de leur liberté contractuelle, en prévoyant d'exclure explicitement toute compensation en cas d'aménagements.

---

### Mehrwert bei Änderungsarbeiten

Unterzeichnet der Mieter im Mietvertrag eine Klausel, laut der bei Beendigung des Mietvertrags die vom Mieter finanzierten Einrichtungen – namentlich die festen Einrichtungen zum Betrieb eines Kosmetikstudios – vom Vermieter erworben werden, kann sich der Mieter später nicht für die Einforderung einer Mehrwertentschädigung auf die sinngemässe Anwendung von Artikel 260a Absatz 3 OR berufen. Artikel 260a Absatz 3 OR hat einen dispositiven Charakter, aber die Parteien haben beschlossen, von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch zu machen und haben im Mietvertrag eine Entschädigung im Falle von Änderungsarbeiten ausdrücklich ausgeschlossen.

---

### Migliorie – aumento di valore

Se il conduttore firma una clausola del contratto di locazione in cui si dispone che al termine della locazione le migliorie da lui finanziate (nella fattispecie le infrastrutture fisse per un centro estetico) rimarranno al locatore, lo stesso conduttore non può, successivamente, chiedere l'applicazione per analogia dell'articolo 260a capoverso 3 CO per ottenere un'indennità. Quest'ultimo ha carattere dispositivo, ma le parti si sono avvalse della loro libertà contrattuale decidendo di escludere esplicitamente qualsivoglia indennità in caso di miglioria.

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail du 19 décembre 2014 portant sur la location d'un immeuble sis à Genève en vue d'exploiter un centre de cosmétique.

L'article 13 du bail (restitution des locaux) prévoit notamment que « les équipements du locataire, propres à son activité, seront enlevés à la fin du bail, pour autant qu'ils soient dissociables de l'immeuble. Le locataire renonce d'ores et déjà, à la fin du bail, à toute indemnité pour les travaux à plus-value qu'il aurait effectués en cours de contrat, et qu'en particulier les installations fixes financées par le locataire seront, en fin de bail, acquises au bailleur sans que celui-ci n'ait à s'acquitter d'une quelconque contrepartie financière ».

Le bail a été résilié pour défaut de paiement en application de l'art. 257 d CO le 11 septembre 2015 pour le 31 octobre 2015. Le 3 février 2016, la bailleuse a récupéré les clés des locaux. La bailleuse a agi par voie de recouvrement contre le locataire pour paiement des loyers arriérés et d'occupation illicite des locaux. Le locataire a formé opposition au commandement de payer.

Le locataire a introduit une action en libération de dette. Estimant qu'il n'avait pas été tenu compte de ses investissements lors de la fixation de loyer, il réclamait une indemnité de fin de bail par application analogique de l'art. 260 al. 3 CO, d'un montant supérieur à fr. 200 000.-, éteignant par compensation les montants réclamés par la bailleuse.

Par jugement du 3 novembre 2017, le Tribunal des baux et loyers a débouté le locataire de toutes ses conclusions. Le locataire a formé appel de ce jugement en temps utile.

## Extrait des considérants

2.3 En l'espèce, l'appelant reproche au Tribunal d'avoir omis d'examiner son argument consistant à soutenir que les travaux réalisés ne constituaient pas des travaux à plus-value, mais des travaux indispensables à l'exploitation des locaux, ces derniers ayant été laissés à l'abandon plusieurs années. Son investissement pour rendre les locaux exploitables, chiffré à 231 580 fr., avait été effectué sans contrepartie et n'avait pu être rentabilisé, l'exploitation n'ayant duré que neuf mois. Une indemnité de fin de bail, par une application analogique de l'art. 260a al. 3

CO, devait être admise à concurrence d'un minimum de 200 000 fr.

L'appelant se méprend toutefois sur l'étendue de l'application analogique de l'art. 260a al. 3 CO aux travaux d'aménagements exécutés par le locataire dans des locaux loués bruts ou nus.

Ces travaux d'aménagement, qui ne peuvent être considérés comme des travaux d'entretien ou de rénovation, n'ouvrent en principe pas le droit à une indemnité pour plus-value au sens de l'art. 260a al. 3 CO, sauf si les parties n'ont prévu aucune compensation.

Or, que les travaux soient considérés comme des travaux à plus-value soumis directement à l'art. 260a al. 3 CO ou comme des travaux d'aménagement pour lesquels aucune compensation n'a été prévue pouvant bénéficier de l'application analogique de l'art. 260a al. 3 CO préconisée par une partie de la doctrine, la disposition en question conserve son caractère dispositif et laisse place à la liberté contractuelle des parties. Dans le présent cas, les parties ont usé de cette liberté et décidé de régler le sort de l'indemnité de l'art. 260a al. 3 CO à l'art. 13 al. 3 du bail. A teneur de cet article, l'appelant a renoncé à l'avance à toute indemnité en fin de bail pour les travaux à plus-value effectués dans les locaux, la disposition précisant encore que les installations fixes financées par le locataire seraient, en fin de bail, acquises au bailleur sans que celui-ci n'ait à s'acquitter d'une quelconque contrepartie financière.

L'application analogique dont se prévaut l'appelant ne lui permet pas de contourner la convention des parties et mettre à néant la renonciation conventionnelle à l'indemnité prévue expressément dans le bail, quelle que soit la qualification des travaux entrepris.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, cette renonciation à toute indemnité en fin de bail a été compensée, financièrement, par l'octroi d'une gratuité de loyer pour les mois de janvier, février et mars 2015 par l'ancien propriétaire, l'appelant ayant reconnu que le loyer était dû en tous les cas à compter du mois d'avril 2015 et ayant échoué à démontrer que dite gratuité se serait étendue au-delà de la date d'acquisition de l'immeuble par l'intimée. Il apparaît également que les travaux entrepris pour aménager le SPA ont débuté en février 2014 pour se terminer en début d'année 2015. L'appelant n'a pas établi, ni même allégué, avoir dû fournir une contrepartie financière pour la mise à disposition des locaux durant la période d'exécution des travaux qui se sont étendus sur une année environ. En outre, le bail a été conclu pour une durée initiale de 10 ans, ce qui laissait à l'appelant un temps suffisant pour amortir ses investissements. L'insolvabilité de l'appelant, qui a conduit à la résiliation du bail pour dé-

faut de paiement du loyer en application de l'art. 257d CO et à la récupération des locaux via un huissier judiciaire à une date anticipée est propre, selon la doctrine et la jurisprudence, à mettre à néant tout droit au paiement d'une indemnité au sens de l'art. 260a al. 3 CO ou à des dommages-intérêts (cf. à ce propos, CARRON, op.cit., n. 199; AUBERT, op.cit., n. 38). La question peut néanmoins rester indécise: l'appelant ne peut en effet pas se prévaloir de la durée d'exploitation d'une année environ, laquelle lui est exclusivement imputable.

Au vu de ces éléments, la renonciation à toute indemnité en fin de bail n'a pas été convenue sans contrepartie en faveur de l'appelant. Ce dernier ne saurait donc se prévaloir d'un déséquilibre du contrat ou de l'existence d'une disproportion des intérêts en présence.

Partant, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que l'appelant n'avait pas démontré l'existence d'une gratuité de loyer pouvant être opposée en compensation à la créance de l'intimée, et qu'il ne pouvait prétendre à une indemnité pour fin de bail au sens de l'art. 260a al. 3 CO, y ayant valablement renoncé par convention (art. 13 al. 3 du bail).

Le jugement attaqué sera donc confirmé.

---

Arrêt de la Cour de Justice de Genève, Chambre des baux et loyers  
du 9 juillet 2020 (ACJC/975/2020)

---

---

## Mietzinsherabsetzung während laufendem Mietverhältnis

Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankenmässig bestimmbar. Die Mietzinsanpassung im laufenden Mietverhältnis erfolgt jedoch unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell. Es stellt eine Fiktion dar, dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Artikel 12a, 13, 14 und 16, sind nach einhelliger Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Artikel 269a OR (E. 4.1.3).

---

### Baisse de loyer en cours de bail

Les effets sur le loyer des modifications dues à l'augmentation ou à la diminution du coût des capitaux empruntés ou à la garantie du pouvoir d'achat du capital exposé aux risques peuvent être sans autre chiffrés. L'adaptation d'un loyer en cours s'effectue toutefois sur la base d'un modèle de calcul, selon des taux standardisés, indépendamment du financement concret de l'immeuble. Il s'agit certes d'une fiction, mais cela permet de simplifier la fixation des loyers entre les parties. L'OBLF règle la question, notamment à ses article 12a, 13, 14 et 16. La jurisprudence est unanime à ce propos : ces dispositions d'exécution de l'article 269a CO sont conformes à la loi (consid. 4.1.3).

---

### Diminuzione della pigione nel corso della locazione

Le conseguenze sulla pigione di cambiamenti dovuti all'aumento o alla diminuzione dei costi del capitale di terzi o in relazione alla garanzia del potere d'acquisto del capitale sopportante i rischi sono senz'altro definibili in franchi. L'adeguamento della pigione nel corso della locazione avviene però indipendentemente dal finanziamento concreto della proprietà sulla base di aliquote standardizzate calcolate tramite un modello. Si tratta di una finzione, utile però al fine di semplificare la definizione del canone fra le parti. Stando alla giurisprudenza unanime, le norme dell'OLAL (in part. art. 12a, 13, 14 e 16) sono disposizioni d'esecuzione dell'articolo 269a CO (consid. 4.1.3) conformi alla legge.

## Sachverhalt

Mit Vertrag vom 23./27. März 2010 mieteten die Kläger [Mieter] von der Beklagten [Vermieterin] ab dem 1. Mai 2010 eine 4-Zimmerwohnung [...] in Z.. Der Nettomietzins betrug seither stets Fr. 2333.- pro Monat zuzüglich monatliche Akontozahlung für «Heiz-/Nebenkosten» von Fr. 220.-. Der Mietvertrag enthält keinen Vorbehalt für nicht ausgeschöpfte Anpassungsmöglichkeiten im Sinne von Art. 18 VMWG. Der Nettomietzins beruht nach den Angaben im Vertrag auf einem Hypothekar- bzw. Referenzzinssatz von 3% und bezüglich des risikotragenden Kapitals auf dem Landesindex der Konsumentenpreise mit der Basis 2005 von 103,7 Punkten. Der Kostenstand war laut der Vereinbarung der Parteien ausgeglichen bis Ende Februar 2010. Mit Schreiben vom 27. Juni 2017 ersuchten die Kläger von der Beklagten unter Berufung auf die seit Mietbeginn eingetretene Senkung des Hypothekar- bzw. Referenzzinssatzes eine Mietzinssenkung per 1. Oktober 2017. Mit Schreiben vom 11. Juli 2017 gab die Verwaltung der Beklagten dem Ansinnen nicht statt und berief sich auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete. Nachdem die Vergleichsverhandlungen bei der Schlichtungsbehörde scheiterten, erhoben die Kläger fristgerecht Klage beim Mietgericht Zürich mit dem folgenden Rechtsbegehren:

«Es sei der Nettomietzins des Mietobjekts mit Wirkung ab 1. Oktober 2017 auf neu Fr. 2054.- zu reduzieren; alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7% MwSt. zu Lasten der Beklagten.»

## Erwägungen

### 4. Materielle Behandlung der Klage

#### 4.1 Grundlagen der Mietzinssenkung nach Art. 270a OR

4.1.1 Nach Art. 270a Abs. 1 OR kann der Mieter den geltenden Mietzins als missbräuchlich anfechten und dessen Senkung («Herabsetzung»; zur Unterscheidung von der im Gesetz ebenfalls als Herabsetzung bezeichneten Mietzinsminderung nach Art. 259d OR wird hier ausschliesslich der Begriff der Senkung verwendet) auf den nächsten Kündigungstermin verlangen, wenn er Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter wegen einer wesentlichen Veränderung der Berechnungsgrundlagen, vor allem wegen einer Kostensenkung, einen nach den Art. 269 und 269a OR übersetzten Ertrag aus der Mietsache erzielt. Der Mieter muss nach Abs. 2 der genannten Norm das Senkungsbegehren

schriftlich beim Vermieter stellen. Das Gesetz verlangt anders als bei einer Mietzinserhöhung nach Art. 269d OR sowie Art. 19 VMWG nicht, dass der Mieter sein Senkungsbegehren beziffert (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3). Mangels Kenntnis insbesondere der Liegenschaftskosten wird er dazu auch gar nicht in der Lage sein. Es genügt folglich ohne weiteres, wenn er eine Senkung verlangt und dabei auf die von ihm wahrgenommene Veränderung der Berechnungsgrundlagen hinweist (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 3; anders ZK-HIGI, Art. 270a OR N 71, der eine erkennbare Bestimmung des Umfangs der beantragten Senkung verlangt).

Entspricht der Vermieter dem Begehren nicht oder nur teilweise oder antwortet er nicht fristgemäss, so kann der Mieter innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anrufen.

Weder der Mieter noch der Vermieter sind an die im Vorverfahren geltend gemachten Zahlen oder die Begründung gebunden. Unter Vorbehalt der Beschränkung neuer Sachvorbringen und der Voraussetzungen der Klageänderung ist daher auch eine Modifikation des Begehrens im laufenden Prozess möglich (BGE 122 III 20 E. 4c; BGer 4C.328/2005 v. 9.12.2005 E. 3; CPra Bail-MONTINI/WAHLEN, Art. 270a N 8 und 25; SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 270a OR N 30 ff.; BSK OR I - WEBER, Art. 270a N 6a a.E.; a.M. bez. der Bindung an die Gründe ZK-HIGI, Art. 270a OR N 85 ff., der aber in N 84 explizit Klageerweiterungen zulässt).

4.1.2 Bezüglich des Ausmasses der zu gewährenden Herabsetzung verweist Art. 270a OR auf die Art. 269 f. OR. Der Mieter kann sich grundsätzlich auf alle dort aufgeführten Kriterien der Mietzinsfestsetzung berufen. Er kann also nicht nur die von ihm angerufenen veränderten Berechnungsgrundlagen geltend machen, sondern auch dartun, dass der Mietzins nunmehr dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder über der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete liegt (ständige Rechtsprechung, zuletzt BGE 142 III 568 E. 1.2).

Einschränkungen ergeben sich allerdings aus den von der Praxis entwickelten Regeln zu Art. 269 und 269a OR. So ist eine Berufung auf die Nettoertragsberechnung nach Art. 269 OR ausgeschlossen, soweit es sich beim Mietobjekt um eine Altbaute handelt. Dies ist zu bejahen, wenn seit der Erstellung des Baus oder dessen Erwerb durch den Vermieter mehr als 30 Jahre vergangen sind ([zur Publ. best.] BGer 4A\_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3; vgl. auch schon BGE 140 III 433 E. 3.1 sowie BGer 4A\_147/2016 v. 12.9.2016 E. 2.3). In diesem Fall ergibt eine Nettoertragsberechnung regelmässig zulasten des Vermieters ein unrealistisches Resultat, so dass nur eine Berufung auf die orts- und quartierübliche Vergleichsmiete in Betracht kommt, zumal dieses

Kriterium gerade auf die Angleichung der zulässigen Mietzinse für ältere Objekte abzielt (BGE 141 III 569 E. 2.1.2 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 139 III 13 E. 3.1.2 = Pra 2013 Nr. 105; BGer 4A\_645/2011 v. 27.1.2012 E. 3.2 = SJ 2012 I 377; BGer 4A\_276/2011 v. 11.10.2011 E. 5.2.3 = JdT 2012 II 113).

Zudem sind der Berufung auf absolute Anpassungsgründe während des Mietverhältnisses Grenzen gesetzt: Sie können grundsätzlich nicht zu einer gänzlichen Neuberechnung des Mietzinses führen. Das Bundesgericht schliesst ihre Anrufung zwar nicht aus, hat aber wiederholt festgestellt, die absoluten Anpassungsgründe würden im laufenden Mietverhältnis zu relativen. Berufen können beide Seiten sich darauf also nur insofern, als sich das infrage stehende absolute Kriterium seit Mietbeginn verändert hat (BGE 142 III 568 E. 1.2; grundlegend BGE 117 II 452 E. 4a und BGE 118 II 124 E. 4b; vgl. dazu auch CHK-HÜLLIGER/HEINRICH, Art. 269-269a OR N 6). Für eine Erhöhungsmittelteil des Vermieters folgt dies aus der strengen Begründungspflicht nach Art. 269d OR und Art. 18 f. VMWG. Bei Senkungsbegehren des Mieters ist die Beschränkung einerseits aus der nur befristet zulässigen Anfangsmietzinsanfechtung nach Art. 270 OR und andererseits aus dem Umstand abzuleiten, dass das Gesetz in Art. 270a Abs. 1 OR für eine Senkung veränderte Berechnungsgrundlagen voraussetzt. Im Ergebnis bedeutet die relative Methode oft eine Beschränkung der Parteien auf die relativen Anpassungsgründe von Art. 269a lit. b und e OR, also auf Kostenveränderungen und Mehrleistungen seit der letzten Mietzinsfestsetzung sowie auf den Teuerungsausgleich auf dem investierten Eigenkapital. Möglich ist es allerdings auch, dass der Mieter sich direkt auf die Veränderung der Nettorendite oder der Vergleichsmiete seit Mietbeginn oder seit der letzten Mietzinsanpassung beruft (BGE 142 III 568 E. 1.2 = Pra 2017 Nr. 93; BGE 141 III 569 E. 2.1.1 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2 = Pra 2008 Nr. 4; BGE 126 III 124 E. 2 = Pra 2000 Nr. 186; BGE 124 III 67 E. 3; BGE 122 III 257; BGE 121 III 163 E. 2c und d; BGE 120 II 100 E. 2; BGE 120 II 302 E. 6b; BGE 118 II 124; BGE 118 II 130; BGE 117 II 161; BGE 117 II 452 E. 4 und 5; BGE 117 II 458; BGE 106 II 166 E. 4; BGE 106 II 356 E. 3; BGer 4C.291/2001 v. 9.7.2002 E. 2b und 3b).

4.1.3 Veränderungen wegen gestiegener oder gesunkener Fremdkapitalkosten oder in Zusammenhang mit der Kaufkraftsicherung des risikotragenden Kapitals sind in ihren Auswirkungen auf den Mietzins ohne weiteres frankenmässig bestimmbar. Die Mietzinsanpassung erfolgt unabhängig von der konkreten Finanzierung der Liegenschaft nach standardisierten Ansätzen gestützt auf ein Berechnungsmodell, welches der Bundesrat der Verordnung

über Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 zugrunde gelegt hat. Niedergelegt ist dieses letztlich nur in einer Pressemitteilung vom 9. Mai 1990 (GRATZ, a.a.O., S. 90, Fn. 62), die damals die in aller Eile geschaffene VMWG begleitete, damit das geltende Mietrecht auf den 1. Juli 1990 in Kraft gesetzt werden konnte. Nach diesem Modell dienen 70 % des Mietzinses der Kapitalfinanzierung und 30 % der Finanzierung der allgemeinen Kosten, vor allem der Unterhalts-, aber auch der Betriebs- und Verwaltungskosten, der Amortisation, der Bezahlung von Gebühren, Steuern und Versicherungsprämien (GRATZ, Mietzinsgestaltung, Zürich 1995, S. 34). GRATZ kritisiert an diesem Modell, dass es die Betriebskosten nicht enthalte (ebenso SVIT-Komm.-ROHRER, Vorbem. zu Art. 269-270e OR N 24). Das ist allerdings so nicht richtig. Ähnlich wie die Aufzählung der allgemeinen Kosten in Art. 12 VMWG beruht auch der Anteil der allgemeinen Kosten gemäss Berechnungsmodell nicht auf einer abschliessenden Liste von Ausgaben, die beim Vermieter anfallen. Vielmehr dienen die genannten 30 % des Mietzinses gemäss dem Modell der Finanzierung von allem, was nicht als Fremd- oder Eigenkapitalfinanzierung zu betrachten ist, also auch der Finanzierung der Betriebskosten, soweit diese nicht über Nebenkosten separat abgerechnet werden. Richtig ist andererseits, dass das Berechnungsmodell eine Fiktion darstellt und wohl keine Liegenschaft in der Schweiz exakt dem Modell entsprechen dürfte (GRATZ, a.a.O.). Es dient aber der Vereinfachung der Mietzinsgestaltung zwischen den Parteien. Die darauf gestützten Normen der VMWG, namentlich deren Art. 12a, 13, 14 und 16, sind nach einheitlicher Rechtsprechung gesetzeskonforme Ausführungsbestimmungen zu Art. 269a OR.

Das Modell weist im Übrigen auch Ungenauigkeiten auf, welche sich eher zugunsten des Vermieters auswirken: So sieht Art. 16 VMWG einen Teuerungsausgleich auf dem risikotragenden Kapital von «höchstens» 40 % vor. Der Satz entspricht dem alten Modell gemäss der Verordnung zum 1990 ausser Kraft getretenen Bundesbeschluss über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM bzw. VMM), welches noch davon ausging, der Mietzins diene ausschliesslich der Kapitalfinanzierung und zwar zu 60 % der Finanzierung des Fremd- und zu 40 % derjenigen des Eigenkapitals. Bei der Schaffung der VMWG nahm der Bundesrat die Berücksichtigung der Allgemeynkosten im neuen Modell mit einem Anteil von 30 % des Mietzinses zum Anlass für die Senkung der Überwälzungssätze wegen Veränderung der Fremdkapitalzinsen nach Art. 13 VMWG gegenüber der VMM um durchweg 1 % (GRATZ, a.a.O., S. 90 f.). Dies lässt sich rechnerisch nachvollziehen: Steigt der Hypothekar- bzw. Referenzzins um  $\frac{1}{4}$  %, so erhöhen sich

die Fremdkapitalkosten um 5 % (1/20; vgl. dazu die Tabelle bei GRATZ, a.a.O., S. 90). Nur 70 % des Mietzinses dienen aber gemäss dem Modell der Kapitalfinanzierung und nur 60 % davon der Finanzierung des Fremdkapitals, also 42 % des Mietzinses. Rechnerisch müsste dies beim genannten Anstieg der Fremdkapitalkosten zu einer Mietzinserrhöhung um 42 % von 5 % führen, also um 2.1 %. Die Standardisierung nach Art. 13 Abs. 1 lit. b VMWG rundet diesen Wert auf 2.5 % auf. Das ist insofern parteineutral, als der Senkungssatz beim umgekehrten Fall so zu berechnen ist, dass der gleiche Senkungsbetrag herauskommt wie bei einer Erhöhung, nach der Formel:

$$\text{Senkungssatz} = \frac{\text{Erhöhungssatz} \times 100}{\text{Erhöhungssatz} + 100}$$

Überträgt man nun die Überlegungen des Bundesrates auf den Teuerungsausgleich für das investierte Eigenkapital nach Art. 269a lit. e OR, so dürfte gemäss Art. 16 VMWG die Teuerung nur zu höchstens 28 % ausgeglichen werden, denn dieser Satz entspricht dem 40 %-igen Anteil, welchen die Eigenkapitalfinanzierung bezogen auf die gesamte Kapitalfinanzierung ausmacht, der wiederum 70 % des Mietzinses dienen (so auch GRATZ, a.a.O., S. 34).

Weiter ergibt sich bezüglich der Überwälzungssätze bei Veränderungen der Fremdkapitalkosten nach Art. 13 Abs. 1 VMWG schon aus dem Text der Verordnung, dass sie nur für die bis 1990 üblichen Fremdkapitalzinsen im Bereich von 4 - 7 % gedacht sind. Betrachtet man die aktuelle Situation näher, so sinken die Fremdkapitalkosten (deren Finanzierung gemäss Modell 42 % des Mietzinses dienen) bei einer Senkung des Referenzzinses von 1¾ auf 1½ % um einen Siebtel. Dies müsste also eigentlich eine Mietzinsenkung um 6 % zur Folge haben, wenn man das Berechnungsmodell zum Nennwert nimmt. Gleichwohl wenden Schlichtungsbehörden und Gerichte nach wie vor den ansich zu tiefen Senkungssatz von Art. 13 Abs. 1 lit. c VMWG an (nach der schon erläuterten Formel für Senkungen mit hin einen Satz von 2.91 %). Bundesrat und Parlament sind sich der Verzerrung, welche die Verordnungsbestimmung bewirkt, allerdings durchaus bewusst. So antwortete der Bundesrat auf eine Interpellation von Nationalrat Carlo Sommaruga vom 17. Juni 2015, in welcher die Problematik aufgegriffen wurde, in seiner Stellungnahme vom 2. September 2015, er erachte eine Anpassung der Sätze für nicht opportun, weil beim gegenwärtigen tiefen Zinsumfeld die Wahrscheinlichkeit eines Wiederanstiegs des Referenzzinses grösser sei als die Aussicht auf weitere Senkungen. Dies würde dann zu weit stärkeren Mietzinserrhöhungen führen als gemäss den aktuellen Sätzen. Der Bundesrat wies ausserdem darauf hin, dass er wiederholt Vorschläge zur

Entkoppelung von Kapitalmarkt und Mietzinsen gemacht habe, die vom Parlament abgelehnt worden seien. Folglich sehe er es nicht als seine Aufgabe, das vom Gesetzgeber favorisierte heutige System grundlegend zu ändern [...]. Zwar sind die Gerichte insbesondere bei der Prüfung der Gesetzeskonformität einer Verordnungsbestimmung nur den Regeln der Gesetzesinterpretation verpflichtet. Wenn allerdings der Gesetzgeber in Kenntnis der gesamten Umstände bewusst auf eine Neuregelung verzichtet hat, verbietet sich eine Uminterpretation der Verordnung mit Blick auf die Gewaltenteilung. Dies hat jedoch eine Anomalie zur Folge, die auch von ROHRER beschrieben wurde: Beruft sich der Mieter auf einen Nettoerenditevergleich gestützt auf Art. 269 OR, so fällt die ihm zustehende Mietzinssenkung wesentlich höher aus als bei Anwendung der relativen Überwälzungssätze gemäss Art. 13 VMWG (SVIT-Komm.-ROHRER, Art. 269 OR N 52). Die Gründe liegen aber in der (aktuell) die Vermieterseite begünstigenden Verzerrung und nicht in einer Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Überwälzung umfassender Überholungen, wie ROHRER annimmt (a.a.O., unter Berufung auf BGE 140 III 433). Insgesamt bestehen damit keine genügenden Gründe, das Berechnungsmodell als solches oder die Überwälzungssätze von Art. 13 VMWG infrage zu stellen.

4.1.4 Vor diesem Hintergrund ist daher auch die zwischen den Parteien umstrittene Veränderung der allgemeinen Kosten im Sinne von Art. 12 VMWG zu betrachten. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung dazu in zwei Entscheiden zusammengefasst und aktualisiert. So hat es in Zusammenhang mit einer Renditeberechnung nach Art. 269 OR entschieden, dass besonders hohe ausserordentliche Unterhaltskosten geglättet in den Vergleich der zwei relevanten Mehrjahresperioden einzubeziehen sind, und zwar ähnlich wie bei der Überwälzung wertvermehrender Investitionen gemäss Art. 269a lit. b OR anhand eines Amortisationssatzes gemäss ihrer Lebensdauer und einer jährlichen Verzinsung des noch nicht amortisierten Betrages. Anwendbar ist ein Zinssatz, der ½ % über dem geltenden Referenzzinssatz zur Zeit der Investition des Vermieters liegt. Dieser Zinssatz ist unter Berücksichtigung des wegen der Amortisation linear abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5).

In Zusammenhang mit der hier interessierenden Untersuchung der relativen Kostenveränderung seit der letzten Mietzinsfestsetzung hat das Bundesgericht im Urteil 4A\_530/2012 v. 17.12.2012 in E. 3.1 und 3.2 die massgeblichen Grundsätze rekapituliert.

...

Das Bundesgericht bestätigte im genannten Entscheid den Grundsatz, dass die allgemeinen Kosten bei einer relativen Berechnung nicht *tel quel* und in voller Höhe berücksichtigt werden können, sondern nur insofern, als aufgrund einer Vergleichsrechnung über zwei mehrjährige Perioden eine dauerhafte Kostensteigerung eingetreten ist. Dadurch unterscheidet sich die Anpassung des Mietzinses gestützt auf gestiegene Allgemeynkosten grundlegend von einer *Nettorenditerechnung*, welche untersucht, ob ein Mietzins in einem bestimmten Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Kapitalkosten und der (u.U. geglätteten) Allgemeynkosten dem Vermieter einen übersetzten Ertrag verschafft oder nicht. Untersucht man indessen nur die Veränderung der Allgemeynkosten, so muss sichergestellt sein, dass ein vollständiger Vergleich erfolgt. Dies bedingt bei den geglätteten in die Rechnung einbezogenen Positionen, dass diese nicht nur zu amortisieren und zu verzinsen sind, sondern – wie dies die Kläger mit Recht geltend machen [...] – dass sie auch in Bezug gesetzt werden zu den Kosten, welche für die im Zuge der Unterhaltsarbeiten allenfalls ersetzten Installationen entstanden sind. Denn diese alten Installationen wurden über den geltenden (und vom Mieter auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins mitfinanziert. Liesse man es zu, dass die Kosten der Ersatzinstallation voll in die Vergleichsrechnung aufgenommen würden, so könnte der Vermieter mit dem neuen Mietzins die neue Installation voll finanzieren, während er auch für die alte und nach der Sanierung nicht mehr vorhandene Vorrichtung Mietzinseinnahmen generieren würde. Zur Korrektur gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder rechnet man den Preis der ersetzten Installation geglättet in die Mehrjahresperiode vor der früheren Mietzinsfestsetzung ein oder man versucht über eine Schätzung zu bestimmen, welcher Anteil der Kosten für die neue Installation investitionsvermehrend wirkt. Diesen Zusammenhang hat auch GRATZ erkannt und in seiner schon mehrfach zitierten, vom Schweizerischen Hauseigentümergeverband herausgegebenen Publikation in Zusammenhang mit umfassenden Überholungen unterschieden zwischen Neu- und Ersatzinvestitionen. Bloss Ersatzinvestitionen, zu denen er auch solche zählt, die wie der Ersatz eines Heizkessels blossen Unterhalt darstellen, schlagen sich seiner Einschätzung als Volkswirtschaftler zufolge in einem Mehrwert von 40 - 80 % nieder (GRATZ, a.a.O., S. 99 ff.). Wie er zu den genannten Prozentzahlen gelangte, erläuterte GRATZ allerdings nicht und er untermauerte dies auch nicht mit weiterführender Literatur. Dass der Anteil der Investitionserhöhung für den Vermieter aber auch kleiner sein kann als 40 %, räumte er mit dem Hinweis ein, dass der «vollkommen gleichwertige Ersatz bereits zuvor vorhandener Einrichtungen (Bsp.: Auswechseln

eines defekten Kühltanks durch das gleiche Modell)» nicht zu einer Mietzinserhöhung berechtigt, sondern vom Vermieter zu tragen sei (a.a.O., S. 99).

Dieser Hinweis zeigt letztlich auch einen Zusammenhang auf zwischen der Steigerung der Unterhaltskosten und den sog. wertvermehrenden Investitionen, v.a. im Falle von umfassenden Überholungen. Aus der Optik der Kostenmiete ist bei Ersatzanschaffungen in beiden Fällen eigentlich nur die Kostensteigerung relevant, die für den Vermieter anfällt. Dass Verbesserungen an der Mietsache gestützt auf die gesetzlichen Bestimmungen zu wertvermehrenden Investitionen auch ohne nachgewiesene Kostensteigerung zu einer Mietzinserhöhung führen (dazu etwa das bundesgerichtliche Urteil zum Einbau neuer Fenster BGer 4C.287/2001 v. 26.3.2002 E. 3.3: Überwälzung auf den Mietzins im Umfang von 40 % der Ersatzkosten) lässt sich nur damit erklären, dass für technische Verbesserungen nach den Intentionen des Gesetzgebers auch dann ein Anreiz geschaffen werden soll, wenn dies aufgrund eines reinen Kostenvergleichs nicht gerechtfertigt wäre.

Sodann ergibt sich aus dem zitierten BGer 4A\_530/2012 v. 17.12.2012, dass Kosten bei der Berechnung einer Kostensteigerung nicht nur dann geglättet in die Rechnung einzubeziehen sind, wenn sie ausserordentlich hoch sind und in grossen Zeitabständen anfallen. Vielmehr ist mit den Worten des Bundesgerichts generell dafür zu sorgen, dass nur eine dauerhafte Unterhaltskostensteigerung zu einer Mietzinsveränderung führt. Zentral ist auch der Hinweis des Gerichts auf die Möglichkeit einer Pauschalierung, wenn die Abrechnungen ungewöhnlich hohe oder tiefe Posten enthalten, so dass der Durchschnitt die tatsächlichen Kosten im massgeblichen Zeitpunkt unzutreffend wiedergibt: Zur Bestimmung der massgeblichen Pauschale können zwar dennoch zwei Kostenperioden miteinander verglichen werden, wie dies im vorliegenden Fall die Parteien tun. Damit das Resultat bezüglich Dauerhaftigkeit der Kostenveränderung aber verlässlich scheint, muss man entgegen der Auffassung der Beklagten zumindest bei allen Ersatzinvestitionen mit einer gewissen Lebensdauer eine Glättung vornehmen. Denn sonst besteht die Gefahr, dass man nicht nur dauerhafte Kostenveränderungen berücksichtigt, sondern kurzfristige Ausschläge auf den Mietzins umrechnet. Dies wiederum würde innert kürzester Zeit ein neuerliches Anpassungsverfahren zwischen den Parteien erforderlich machen, was nicht im Interesse einer geordneten Vertragsbeziehung liegt.

Zu präzisieren ist sodann der Hinweis des Bundesgerichts auf BÄTTIG, der postuliert, bei der Umlegung des werterhaltenden Teils einer umfassenden Renovation auf den Mietzins bedürfe es nicht des Vergleichs mehrerer Pe-

rioden, da eine solche «Unterhaltskostensteigerung» während der Lebensdauer der erneuerten Einrichtungen, die zu ihr geführt haben, unverändert bleibe und damit für diese Zeitspanne definitiv sei (so BÄTTIG, Die Überwälzung der Kosten von umfassenden Überholungen auf den Mietzins, MRA 1-2/2009 S. 1 ff., S. 16): Einerseits hat dennoch ein Mehrjahresvergleich stattzufinden, wenn aperiodische Unterhaltskosten und laufender Unterhalt in der anzustellenden Rechnung gleichermaßen berücksichtigt werden sollen. Und andererseits ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es um die Umlegung werterhaltender Massnahmen auf den Mietzins geht, also letztlich um den Ersatz von im Mietobjekt bereits vorhandenen Installationen. Es ist daher genau zu untersuchen, ob und inwieweit diese werterhaltenden Massnahmen überhaupt zu einer Kostensteigerung geführt haben. BÄTTIG unterlässt dies. Dass seine Berechnungsbeispiele nicht überzeugen, zeigt schon der von ihm konstatierte Umstand, dass der Vermieter nach seiner Methode besser fährt, wenn er ausserordentliche Kosten als Unterhalt behandelt und nicht als wertvermehrende Investition (HAP-BÄTTIG, S. 31 Rz. 1.61 und 1.62). Der Grund dafür liegt darin, dass BÄTTIG die verzinsten Kosten der alten Installationen nicht in seine Rechnung einbezieht. Dies überrascht, denn bei der Behandlung des wertvermehrenden Anteils umfassender Überholungen hält er gestützt auf BGE 118 II 415 E. 3a zutreffend fest, solche Überholungen enthielten sowohl werterhaltende als auch wertvermehrende Investitionen, wobei sich der werterhaltende Teil vor allem mengenmässig (d.h. nicht der Sache nach) von gewöhnlichen Reparaturen und vom laufenden Unterhalt unterscheidet (HAP-BÄTTIG, S. 20 Rz. 1.32). Gestattet Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VMWG, dass 50-70 % der Kosten umfassender Überholungen, sprich: gemischter Investitionen, als wertvermehrend behandelt werden, bedürfte es für eine zusätzliche Überwälzung der restlichen 30-50 % auf den Mietzins schon eines besonderen Nachweises, dass über den grosszügig pauschalierten investitionsvermehrenden Anteil gemäss Verordnung hinaus eine Kostensteigerung eingetreten ist. Eine Überwälzung der gesamten Kosten für eine umfassende Überholung unter dem einen oder anderen Titel kann nie gerechtfertigt sein, denn dies würde bedeuten, die Kosten der ersetzten und im bisherigen (auch in Zukunft zu bezahlenden) Mietzins berücksichtigten Vorrichtungen bei der Kalkulation der Kostensteigerung und damit der Mietzinsanpassung gänzlich zu ignorieren (BGE 110 II 404 E. 3a; BGer 4A\_88/2013 v. 17.7.2013 E. 4.1). Dies meint das Bundesgericht wohl letztlich im vorne zitierten Entscheid mit seiner Bemerkung, seiner Rechtsprechung könne keineswegs entnommen werden, dass sämtliche Kosten einer umfassenden Sanie-

rung, die nicht als wertvermehrend betrachtet und nicht in Anwendung von Art. 14 VMWG als Mietzinserhöhung geltend gemacht werden könnten, ohne weiteres als ausserordentliche Unterhaltsaufwendungen berücksichtigt und amortisiert sowie verzinst werden dürften. Vielmehr enthielten umfassende Überholungen auch «normale Unterhaltsarbeiten» (Anführungszeichen im Original, vgl. BGer 4A\_530/2012 v. 17.12.2012 E. 3.2). Entscheidend ist nicht die Differenzierung zwischen normalem und ausserordentlichem Unterhalt, sondern die Berücksichtigung des Umstands, dass der geltende Mietzins auch der Finanzierung von inzwischen abgeschriebenen Vorrichtungen dient(e), die im Zuge der Sanierung aus dem Mietobjekt entfernt wurden. Denn bei kleineren Ersatzinvestitionen stellt sich die Frage genau gleich wie bei grösseren.

#### 4.2 Anwendung auf den vorliegenden Fall

4.2.1 Aus dem Gesagten geht zunächst hervor, dass der Einwand der Beklagten nicht sticht, die Kläger seien betragsmässig an die Senkung gebunden, die sie im Vor- oder Schlichtungsverfahren verlangt hätten [...]. Das Senkungsbegehren vom 27. Juni 2017 ist wohl auch nach den von HIGI definierten Kriterien betragsmässig bestimmbar, denn wer den aktuellen Nettomietzins und den mit der geltend gemachten Senkung der Fremdkapitalkosten grundsätzlich verbundenen Senkungsanspruch gemäss Art. 13 Abs. 1 VMWG kennt, kann sich die verlangte Senkung ausrechnen. Dass die Kläger in ihrem Schreiben nicht auch die gesunkene Teuerung oder die (ihnen ohnehin nicht bekannten) Allgemerkosten erwähnt haben, ändert nichts daran, dass sie ihren Anspruch noch im Schlichtungsverfahren beziffern konnten. Gebunden waren sie an ihre dortigen Anträge auch dann nicht, denn erst mit der Formulierung des Rechtsbegehrens im Gerichtsverfahren treten Einschränkungen aufgrund der Prinzipien der Klageänderung ein (Art. 227 und 230 ZPO). Die Kläger haben aber ihre Klage seit Beginn des Gerichtsverfahrens so formuliert, wie sie es heute tun [...]. Selbst eine Klageänderung wäre wegen der grosszügigen Novenregelung im vorliegenden, von der sozialen Untersuchungsmaxime beherrschten vereinfachten Verfahren gemäss Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO bis zum Beginn der Urteilsberatung möglich gewesen, d.h. bis zur Spruchreifklärung des Falles am 13. Dezember 2018. Auch eine Bindung an die angegebenen Gründe bestand nach Lehre und Rechtsprechung keineswegs, ganz abgesehen davon, dass die Kläger schon in ihrem ersten Vortrag vom 7. Juni 2018 sowohl eine Überprüfung ihres Senkungsanspruchs aufgrund der relativen Faktoren verlangten als auch die Berücksichtigung der Nettorendite [...].

4.2.2 Die Berufung der Kläger auf die Nettoendite erweist sich sodann nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts als zulässig. Zwar werden absolute Anpassungsgründe wie erwähnt im laufenden Mietverhältnis zu relativen in dem Sinne, dass sie nicht zu einer vollkommen neuen Mietzinskalkulation führen können (vorn Ziff. 4.1.2; BGE 117 II 452). Dies bedeutet nach dem Gesagten aber nicht, dass die Parteien sich nur auf die relativen Anpassungsgründe berufen dürften. Vielmehr ist es ihnen auch gestattet, die Veränderung absoluter Mietzinsfestsetzungskriterien wie der Nettoendite seit der letzten Mietzinsfestsetzung zur Grundlage ihrer Argumentation zu machen. Folge der relativen Methode ist einzig, dass eine ungenügende oder übersetzte Rendite im Rahmen eines Mietzinserhöhungs- bzw. Senkungsbegehrens nur soweit korrigiert werden kann, als sich seit der letzten Festsetzung eine Veränderung ergeben hat. Die Beklagte hat trotz Aufforderung der Kläger und des Gerichts weder vollständige Angaben gemacht, noch Belege eingereicht zu den Daten, die für eine Nettoenditerechnung auf den Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses und für eine solche auf den Zeitpunkt des Senkungsbegehrens notwendig wären. Damit hat sie ihrer Substantiierungslast nicht genügt und auch ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt. Ihr Einwand, die Nettoenditerechnung sei unzulässig, ist zumindest insofern nicht korrekt, als ein Nettoenditevergleich bezogen auf die Situation beim Vertragsschluss und derjenigen zur Zeit des Senkungsbegehrens sehr wohl zulässig ist. Eine vergleichende Nettoenditerechnung ist auch nicht aufgrund des Alters der Liegenschaft unzulässig. Wie die Beklagte selbst einräumt, kaufte sie die Liegenschaft mit der Mietwohnung im Jahr 1989, also 28 Jahre vor dem Senkungsbegehren der Kläger, zu einem (nicht belegten) Kaufpreis von Fr. 1.5 Mio. und gab im Jahr 1990 (ebenfalls nicht belegt) weitere Fr. 1 Mio. für eine Gesamtanierung der Liegenschaft aus («Aushöhlung» [...]). Nach der neuesten Rechtsprechung gemäss [dem zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehenen] BGer 4A\_400/2017 v. 13.9.2018 E. 3 lassen diese noch nicht 30 Jahre zurückliegenden Vorgänge eine Berufung auf die Nettoendite im vorliegenden Fall zu.

Schon aus diesem Grund ist die Klage gutzuheissen, denn mit ihrer auf einer unzutreffenden Einschätzung der Rechtslage beruhenden Haltung hat die Beklagte einen Nettoenditevergleich verunmöglicht. Abgesehen davon führt eine Kontrollrechnung im Anschluss an den nachfolgenden Unterhaltskostenvergleich zur begründeten Annahme, dass sich die beim Mietbeginn bestehende und wohl schon damals übersetzte Rendite seither noch stark verbessert hat.

4.2.3 Aber auch bei einer Prüfung des Falles anhand des von der Beklagten befürworteten Kostenvergleichs ergäbe sich kein anderes Resultat, soweit die Angaben und Belege für eine zuverlässige Berechnung überhaupt ausreichen. Nicht zu verkennen ist nämlich, dass die Beklagte keineswegs sämtliche Allgemeinkosten in den von ihr diskutierten Perioden beziffert und belegt hat. So hat sie eingeständenermassen keine Angaben zu den Versicherungsprämien gemacht, obwohl sie über eine Versicherung verfügt, über die «ein Teilbetrag» der Kosten für die Behebung von Wasserschäden vergütet wurde, die offenbar in Geschäftsräumen im Parterre der Liegenschaft entstanden sind [...]. Auch die Verwaltungskosten hat sie in ihren Berechnungen nicht aufgeführt, obwohl schon aus der Korrespondenz mit den Klägern hervorgeht, dass sie die Liegenschaft u.a. durch [die Immobilienverwaltung] verwalten liess [...].

Weiter hat die Beklagte in den Unterhaltsaufwendungen zwischen 2006 und 2009 keine Beträge für die Amortisation und Verzinsung der Anlagen berücksichtigt, die sie zwischen 2013 und 2016 ersetzt hat, und zwar obwohl sie geltend gemacht hat, sie habe 1990 das Gebäude ausgehöhlt und schon damals insbesondere den Lift und die Heizung ersetzt [...]. Da sie sich zu den Kosten der ersetzten Installationen von 1990 trotz gerichtlicher Aufforderung [...] nicht geäussert und auch keine Angaben dazu gemacht hat, inwiefern die Neuinstallationen seit 2013 prozentual zu einer Kostensteigerung geführt haben sollen, bleibt das Gericht auf Schätzungen angewiesen. Nicht berücksichtigt werden dürfen sodann Auslagen, die nicht für das Gebäude als solches oder für das Mietobjekt angefallen sind, denn auch eine Kostensteigerung ist so weit wie möglich individuell zu berechnen (so für die Nettoenditerechnung BGer 4A\_606/2014 v. 7.7.2015 E. 5.2 [nicht in der amtl. Sammlung publ. Teil von BGE 141 III 245] = Pra 2016 Nr. 33; BGE 139 III 209 E. 2 = Pra 2014 Nr. 3; BGE 125 III 421 E. 2d = Pra 2000 Nr. 30). Es geht daher nicht an, etwa die Kosten für den Ersatz mehrerer Parkettböden in Geschäftsräumen im Erdgeschoss in die Berechnung einzubeziehen, wie die Beklagte dies vorschlägt. Ihr steht überdies auch nicht die Wahl zu, ob sie eine erhaltene Versicherungsleistung in den Kostenvergleich einfließen lassen will oder nicht: Massgeblich ist die konkrete Kostensituation. Der Vermieter hat deshalb auch die tatsächlich erhaltenen Versicherungsleistungen für eine Unterhaltsarbeit zu beziffern und zu belegen, ist dafür aber auch berechtigt, die Versicherungsprämie in die Rechnung einzustellen.

Richtig ist zwar, dass auch das Bundesgericht schon mit den gesamten Liegenschaftskosten gerechnet und die gesamte Kostensteigerung ins Verhältnis zu den Mietein-

nahmen gestellt hat (z.B. BGE 111 II 378 E. 2). Grund für dieses Vorgehen ist, dass es zu einer Verzerrung kommt, wenn man nur die allgemeinen Kosten miteinander vergleicht: Gewährt man dem Vermieter z.B. eine pauschale Steigerung der Allgemerkosten im Umfang von 0.5 % des Mietzinses pro Jahr, so deckt dies eine weit höhere Kostensteigerung ab, denn nach dem schon zitierten Berechnungsmodell des Bundes dienen nur 30 % des Mietzinses der Deckung der Allgemerkosten. Die auf dem ganzen Mietzins berechnete Pauschale berücksichtigt damit effektiv Kostensteigerungen von  $3.33 \times 0.5\%$ , mithin von 1.66 % pro Jahr. Dieses Phänomen hat ebenfalls schon GRATZ beschrieben und gefordert, dass bei einer Kostensteigerung von durchschnittlich 3.77 % pro Jahr die Pauschale für die Mietzinsanpassung 1.13 % jährlich betragen müsse, nämlich 30 % von 3.77 % (a.a.O., S. 93 f.). Mit dem vom Bundesgericht gewählten Vorgehen vermeidet man die genannte Umrechnung, denn man legt schlicht die Kostensteigerung betragsmässig auf den Mietzins um. Wichtig ist dann aber, dass bei Berücksichtigung der gesamten im Haus anfallenden Kosten nur dann der korrekte Prozentsatz resultiert, wenn man die Steigerung der Kosten ins Verhältnis setzt zu den Mieteinnahmen nicht nur des betroffenen Objekts, sondern zu denjenigen des ganzen Hauses, unter Berücksichtigung auch allfälliger Leerstände (vgl. für konkrete Rechenbeispiele BGE 110 II 378 E. 2; BGE 106 II 356 = Pra 1981 Nr. 102; vgl. GRATZ, a.a.O., S. 97). Die Beklagte hat die Korrektur so vorgenommen, dass sie die gesamten Liegenschaftskosten nur zu einem Anteil von 18 % den Klägern zugeordnet hat [...]. Ein solches Vorgehen ist jedoch nur zulässig, wenn es bezogen auf die einzelnen Mietobjekte keine erheblichen Unterschiede gibt. Hier sind die Unterschiede indessen teils enorm, wie insbesondere die Arbeiten an den Büros im Erdgeschoss zeigen.

Sodann sind sämtliche aperiodischen Aufwendungen nach den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien aufgrund ihrer Amortisationsdauer zu verzinsen und geglättet in die Vergleichsrechnung einzubeziehen. Als Zinssatz ist der um ½ % erhöhte Referenzzins zur Zeit der Investition zu verwenden. Dieser ist in Berücksichtigung des mit der Amortisation abnehmenden, noch zu verzinsenden Restkapitals zu halbieren (BGE 140 III 433 E. 3.5; vorn Ziff. 4.1.4). Wie die Kläger sodann zu recht ausführen, ist anders als bei der Amortisation und Verzinsung von wertvermehrenden Investitionen nicht zusätzlich eine Unterhaltspauschale zu berücksichtigen, denn den laufenden Unterhalt kann die Beklagte direkt in die Rechnung einstellen, so dass sich eine zusätzliche Pauschale verbietet. Diese Auffassung vertritt übrigens nicht nur die von den Klägern zitierte BRUT-

SCHIN (Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 519), sondern auch BÄTTIG (HAP, a.a.O., Rz. 31 f., Rz. 1.61).

Zu folgen ist der Beklagten immerhin darin, dass letztlich gleich lange Zeitperioden vor Mietbeginn und vor dem Senkungsbegehren in die Rechnung einzubeziehen sind. Zwar trifft der Einwand der Kläger zu, dass die Beklagte noch im Rahmen der Klageantwort nicht nur andere Zahlen vorgelegt hat, sondern auch selber mit unterschiedlichen Vergleichsperioden gerechnet hat [...]. Das ändert aber nichts daran, dass die Berücksichtigung unterschiedlicher Perioden zu einem verzerrten Resultat führt. Es mag sein, dass in den Jahren 2010 - 2012 tiefere Unterhaltskosten angefallen sind als danach. Soweit sich indessen grosse Abweichungen ergeben, ist dem mit einer Bewertung des kostenvermehrenden Anteils der Investitionen, einer Glättung durch Verzinsung von Investitionen mit einer Lebensdauer von 10 oder mehr Jahren über die gesamte Amortisationsdauer hinweg sowie notfalls mit der Festlegung einer Pauschale nach den genannten Grundsätzen Rechnung zu tragen.

...

#### 4.2.3.9

[...]

Die Klage ist gutzuheissen. Was die massgeblichen Kostenstände für den neu auf Fr. 2054.– festzulegenden Nettomietzins betrifft, ist auf die Angaben der Kläger im Rechtsbegehren abzustellen, denn die Beklagte hat diese nicht infrage gestellt.

[...]

---

Urteil Mietgericht Zürich vom 24. Januar 2019 (MA180002-L / U)

---

---

## Contestation loyer initial – formule officielle

**Lorsque le bailleur transmet la formule officielle de fixation de loyer par voie électronique, mais que celle-ci a été remplie et signée de manière manuscrite, et s'il n'existe dès lors aucun doute sur l'identité de l'auteur de la formule, le locataire dénonçant un vice de forme poursuit un but non couvert par l'exigence de forme et se comporte de manière abusive.**

---

### Anfechtung des Anfangsmietzinses – offizielles Formular

Wenn der Vermieter das offizielle Formular zur Festsetzung des Mietzinses elektronisch übermittelt, dieses aber handschriftlich ausgefüllt und unterschrieben wurde, und somit kein Zweifel an der Identität des Verfassers des Formulars besteht, verfolgt der Mieter, der deshalb einen Formfehler rügt, einen mit der Formvorschrift nicht vorgesehenen Zweck und verhält sich folglich missbräuchlich.

---

### Contestazione della pigione iniziale – modulo ufficiale

Se il locatore invia il modulo ufficiale per fissare la pigione per via elettronica, ma tale modulo è stato compilato e firmato a mano, e dunque non sussiste alcun dubbio sull'identità dello scrivente, il conduttore che denuncia un vizio di forma persegue uno scopo che esula dai requisiti formali e si comporta dunque in modo abusivo.

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à loyer portant sur la location d'un appartement de 7.5 pièces sis à G.. Le bail a été conclu du 1<sup>er</sup> février 2018 au 31 janvier 2020, renouvelable tacitement d'année en année. Le loyer a été fixé à fr. 6000.- par mois.

Selon l'avis de fixation du loyer initial du 1<sup>er</sup> février 2018, envoyé au locataire par courriel du 3 février 2018, le précédent locataire s'était acquitté, depuis le 1<sup>er</sup> août 2012, d'un loyer mensuel de fr. 7450.-.

Par courriel du 5 février 2018, le locataire a informé la bailleuse de nombreux « désordres ». Par avis du 19 février 2018, le locataire a mis en demeure la bailleuse de remédier à différents défauts, faute de quoi elle consignait le loyer. Dès le mois de mars 2018, le locataire a consigné le loyer auprès de la caisse du Palais de Justice.

Par requête du 27 février 2018, déclarée non conciliée à l'audience de conciliation du 9 mai 2018 et portée devant le Tribunal le 8 juin 2018, le locataire a conclu, notamment, à la fixation du loyer à fr. 17472.- par an. Il a relevé que l'avis de fixation de loyer ne lui avait jamais été remis en original et que, cette notification étant nulle, il incombait au Tribunal de fixer le loyer.

Par jugement du 21 février 2020, le Tribunal des baux et loyers a notamment fixé à fr. 72 000.- le loyer annuel de l'appartement litigieux. Le locataire a formé appel de ce jugement en temps utile, concluant à la constatation de la nullité du loyer fixé par le contrat de bail du 27 janvier 2018.

## Extrait des considérants

2.1.1 Conformément à l'art. 270 al. 2 CO, les cantons peuvent, en cas de pénurie de logements, rendre obligatoire, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la formule officielle mentionnée à l'art. 269d CO pour la conclusion de tout nouveau bail. Le canton de Genève a fait usage de cette faculté en adoptant l'art. 207 LaCC.

Un vice de forme lors de la notification du loyer initial, comme par exemple la non-utilisation de la formule officielle, n'implique pas la nullité totale du contrat de bail, mais limite cette nullité à la seule fixation du loyer (art. 20 al. 2 CO; cf. ATF 120 II 341 consid. 5d).

La question de savoir si une signature mécanique (art. 14 al. 2 CO) peut être apposée sur une formule of-

ficielle est discutée dans la doctrine récente. MARCHAND (Droit du bail à loyer et à ferme, BOHNET/MONTINI, éd., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n. 17 ad art. 269d CO, par renvoi de 79 ad art. 270 CO) et ROHRER (SVIT Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd., 2018, n. 33 ad art. 269d CO) admettent la validité d'une telle signature, contrairement à LACHAT (Le bail à loyer, 2019, n. 4.2.3 p. 500).

Selon le Tribunal fédéral, l'exigence d'une signature manuscrite sur une formule officielle vise à éviter que l'identité de l'auteur de la déclaration reste incertaine. Si le locataire dénonce un vice de forme à cet égard dans la majoration de loyer pour demander après coup le remboursement de la différence de loyer, bien qu'il n'ait existé aucun doute sur l'identité de l'auteur de l'avis et que les deux parties aient en pratique respecté cette hausse inattaquée, il poursuit un but non couvert par l'exigence de forme et se comporte de manière abusive (ATF 138 III 401 consid. 2.4).

2.1.2 La jurisprudence déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 145 IV 407 consid. 3.4.1; 143 III 65 consid. 5.2; 142 III 433 consid. 4.3.2). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêt 5A\_567/2019 du 23 janvier 2020 consid. 4.2).

2.2 En l'espèce, l'intimée a transmis la formule officielle de fixation du loyer par voie électronique. Celle-ci a toutefois été remplie de manière manuscrite et elle comporte notamment une signature manuscrite, et non une signature mécanique. La situation se distingue ainsi de celle, mentionnée par l'appelant, du locataire qui résilie son bail par un courriel adressé au bailleur. En tout état de cause, l'utilisation d'une signature autre que manuscrite n'est pas prohibée par le Tribunal fédéral et l'invocation d'un tel vice relèverait en l'espèce de l'abus de droit dans la mesure où l'appelant ne soutient pas que l'envoi de la formule officielle par voie électronique aurait empêché celle-ci de remplir le rôle et le but qui lui est assigné ou d'identifier l'auteur de ladite formule. De plus, s'il avait un doute sur

l'identité de l'auteur de cette dernière, il aurait pu demander à l'intimée de lui transmettre l'original de l'avis de fixation du loyer qu'il avait reçu par courriel, lequel comportait une signature manuscrite. Enfin, il sera relevé que la communication par voie électronique a été régulièrement utilisée par l'appelant lui-même dans le cadre de sa relation contractuelle avec l'intimée. Le Tribunal n'a dès lors pas violé le droit en ne retenant pas la nullité de l'avis de fixation du loyer initial au motif que la formule officielle avait été transmise au locataire par voie électronique.

---

Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des baux et loyers du 26 octobre 2020 (ACJC/1496/2020)

---

Art. 271 CO  
Art. 2 al. 2 CC

---

## Bail à ferme agricole – résiliation annulable – abus de droit

L'article 2 alinéa 2 CC (abus de droit) est englobé dans l'application de l'article 271 CO (résiliation annulable). Par contre, dès le moment où l'article 271 CO ne s'applique plus, ce qui est le cas en l'espèce car l'article 271 CO est une norme de protection en matière de baux commerciaux qui ne s'applique pas à un contrat de bail à ferme agricole, il n'y a pas de raison pour que l'application de l'article 2 alinéa 2 CC soit écartée. Au contraire, il s'agit du dernier filet de sécurité légal permettant à celui qui a été victime d'une injustice manifeste de ne pas en subir les conséquences.

---

## Landwirtschaftliche Pacht – anfechtbare Kündigung – Rechtsmissbrauch

Die Anwendung von Artikel 271 OR (anfechtbare Kündigung) schliesst Artikel 2 Absatz 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) mit ein. Ist Artikel 271 OR jedoch wie im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da diese Schutzbestimmung nur für Mieten von Geschäftsräumen, nicht aber für einen landwirtschaftlichen Pachtvertrag gilt, gibt es keinen Grund dafür, von der Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 ZGB abzusehen. Im Gegenteil: Es handelt sich hierbei nämlich um das letzte gesetzliche Sicherheitsnetz, damit Opfer von offensichtlicher Ungerechtigkeit die daraus resultierenden Folgen nicht tragen müssen.

---

## Contratto di affitto agricolo – contestabilità della disdetta – abuso del diritto

L'articolo 2 capoverso 2 CC (abuso del diritto) è inglobato nell'applicazione dell'articolo 271 CO (contestabilità della disdetta). Se però, come nella fattispecie, l'articolo 271 CO non trova applicazione dato che detto articolo è una norma di protezione per gli affitti commerciali che non si applica a un contratto di affitto agricolo, non esiste alcuna ragione di escludere l'applicazione dell'articolo 2 capoverso 2 CC, anzi: si tratta dell'ultima possibilità di difesa giuridica per le vittime di una palese ingiustizia.

## Exposé des faits

Les parties sont liées par un contrat de bail à ferme agricole depuis l'automne 2007 pour l'exploitation d'une parcelle sise à Auvornier.

Par la suite, les bailleuses ont envisagé de vendre la parcelle à l'exploitant. Elles ont cependant décidé de céder cette parcelle à un tiers. La commission foncière agricole a autorisé ce tiers à acquérir ladite parcelle. L'exploitant ne s'est pas opposé à cette décision mais a déclaré qu'il entendait exercer son droit de préemption légale. Les bailleuses ont alors résilié le bail à ferme. Le 8 janvier 2018, l'exploitant a déposé une requête auprès du Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers qui portait notamment la conclusion suivante : déclarer nulle la résiliation du contrat de bail à ferme agricole du 19 novembre 2015 pour le terme d'automne 2022, subsidiairement accorder une prolongation de bail de six ans.

Le 11 décembre 2019, le Tribunal civil a rendu un jugement constatant la nullité de la résiliation du contrat de bail à ferme agricole. A l'appui de son dispositif, le Tribunal civil a exposé que l'art. 271 CO « annulabilité de congé » n'était pas applicable aux contrats de bail à ferme agricole. Cependant, il y avait une place pour l'application autonome de l'art. 2 al. 2 CC « abus de droit ».

Le 27 janvier 2020, les bailleuses ont fait appel de ce jugement, considérant que la question de savoir si l'art. 2 al. 2 CC peut faire échec à la volonté du législateur de ne pas faire de la motivation une condition de validité du congé – qui serait nul puisque l'annulabilité n'existe pas dans la LBFA – doit être résolue par la négative.

## Extrait des considérants

2. L'hoirie considère tout d'abord que le Tribunal civil a violé le droit en retenant que l'article 2 al. 2 CC permettait d'appliquer, de manière autonome, les motifs de l'article 271 CO à un contrat de bail à ferme agricole. Selon l'hoirie, si le congé respecte les conditions de validité légales, seule une prolongation de bail peut éventuellement entrer en ligne de compte. Les motifs de la résiliation n'ont jamais à être examinés sauf pour en tenir compte dans le cadre d'une prolongation de bail.

a) En vertu de l'article 2 CC, « [c]haque est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de

la bonne foi » (al. 1). L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (al. 2).

La loi ne définit pas la notion d'abus de droit, mais se contente d'en énoncer la sanction, qui intervient par le refus de la protection légale. Selon le Tribunal fédéral, « la règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste » (ATF 135 III 163, cons. 3.3.1). Toujours d'après le Tribunal fédéral, « ce que l'article 2 CC exprime, c'est un principe de portée tout à fait générale, un guide pour l'application de la loi, une limite à l'exercice de n'importe quel droit ; c'est donc une règle fondamentale issue de considérations d'ordre éthique et qui s'ajoute aux règles relatives aux différents rapports de droit particuliers pour les compléter et contribuer à leur application » (ATF 83 II 345, cons. 2, traduit au JT 1958 I 194). Les cas typiques d'abus de droit revêtent les formes suivantes : l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion grossière des intérêts en présence et le résultat manifestement contraire à l'équité, l'exercice d'un droit sans ménagement, l'attitude contradictoire (*venire contra factum proprium*). L'interdiction de l'abus de droit est valable pour l'ensemble de l'ordre juridique et les règles de la bonne foi limitent l'exercice de tous les droits. Les normes relatives à l'interdiction de l'abus de droit ont une importance telle qu'elles font partie de l'ordre public suisse positif (SAVIAUX, Baux de courte durée et contestation du loyer initial in : PJA 2010 p. 289 ss, titre n° 5, let. a et les nombreuses références citées). Le Tribunal fédéral opère une approche casuistique en rappelant que l'article 2 CC « ne vise pas à écarter d'une manière toute générale, pour certaines catégories de cas, l'application des règles du droit civil, mais permet au juge de tenir compte de particularités propres au cas d'espèce, lorsque, en raison des circonstances de l'espèce, l'application normale de la loi ne se concilie exceptionnellement pas avec les règles de la bonne foi » (MIHAELA AMOOS, La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus, thèse Lausanne, 2002, p. 44 et 211, cité par SAVIAUX, op. cit., p. 295) et que le juge, en matière d'abus de droit, « n'applique pas des règles rigides. Il statue en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier » (ATF 115 III 331, cons. 5a, traduit au JT 1991 I 150). Sous réserve de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), la résiliation du bail à ferme agricole (art. 16 de la loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole) est entièrement libre (BENNO STUDER et al., *Das Landwirtschaftliche Pachrecht*, 2e éd., 2007, n° 375, p. 109). On soulignera que selon la lettre même de l'article 2 al. 2 CC, pour ne pas être protégé

par la loi, l'abus de droit doit être manifeste (cf. aussi arrêt du TF du 29.08.2019 [4A\_396/2018] cons. 4.2.2).

b) Conformément à ce qui précède, on doit retenir que l'abus de droit est un principe juridique de portée générale, trouvant application dans toutes les causes à juger. Il est vrai que le cas qui nous occupe est singulier en ce sens que l'article 271 CO – qui ne s'applique pas au bail à ferme agricole selon la volonté du législateur – se confond pour ainsi dire avec l'article 2 al. 2 CC, à tel point que le Tribunal fédéral a jugé qu'en matière d'annulabilité du congé, il n'y avait pas de place pour une application autonome de l'article 2 al. 2 CC (ATF 133 III 175). Ce raisonnement est cependant cohérent puisque l'application de l'article 271 CO est moins restrictive que celle de l'article 2 al. 2 CC. En effet, l'article 271 CO trouve application même si l'attitude de la partie donnant congé à l'autre ne constitue pas un abus de droit « manifeste » au sens de l'article 2 al. 2 CC (ATF 136 III 190 cons. 2). L'article 2 al. 2 CC est ainsi englobé dans l'application de l'article 271 CO. Par contre, dès le moment où l'article 271 CO ne s'applique plus, ce qui est le cas en l'espèce, puisque nous avons affaire à un bail à ferme agricole et que la LBFA ne contient pas de disposition analogue, il n'y a pas de raison que l'application de l'article 2 al. 2 CC soit écartée. Au contraire, il s'agit du dernier « filet de sécurité » légal permettant à celui qui a été victime d'une injustice manifeste de ne pas en subir les conséquences. Le grief des appelantes doit dès lors être rejeté.

---

Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal du canton de Neuchâtel  
du 13 mai 2020 (CACIV.2020.9/lbb)

---

---

## Unzulässige gerichtsinterne Verfahrensüberweisung

**Stellt sich die Klägerin insbesondere im erstinstanzlichen Zivilverfahren auf den Standpunkt, dass die Mietstreitigkeit im einfachen Verfahren vom entsprechend zuständigen Spruchkörper (z.B. Einzelgericht) zu beurteilen ist, hat sich dieser Spruchkörper bei Nichterfüllung der Prozessvoraussetzungen auf einen Nichteintretensentscheid zu beschränken. Er darf den Fall unter diesen Umständen nicht von Amtes wegen in das ordentliche Verfahren und an einen anderen gerichtsinternen Spruchkörper (z.B. Kammer) überweisen.**

---

### Renvoi infondé de la procédure à une autre autorité de jugement au sein du tribunal

Si la partie plaignante estime, en particulier dans la procédure civile de première instance, que le litige en matière de bail à loyer doit être jugé en procédure simple par l'autorité de jugement compétente en la matière (p. ex. un juge unique), cette autorité de jugement doit se limiter à une décision de non-entrée en matière si les conditions de recevabilité ne sont pas remplies. Dans ces circonstances, elle ne peut pas renvoyer d'office l'affaire à la procédure ordinaire et à une autre autorité de jugement interne au tribunal (p. ex. une chambre).

---

### Illecita rimessione interna della procedura

Se, per il procedimento civile in prima istanza, la querelante ritiene che la controversia in materia di locazione debba essere giudicata con procedura semplificata dal collegio giudicante competente (p. es. giudice unico), quest'ultimo – in caso di mancato adempimento dei presupposti processuali – deve limitarsi a una decisione di non entrata nel merito. In queste circostanze non è ammessa la rimessione d'ufficio nella procedura ordinaria e a un altro collegio giudicante interno (p. es. camera).

## Sachverhalt

A. (Mieterin) mietete von B. (Vermieterin) seit den 90er Jahren insgesamt drei Wasserflächen für die Erstellung und den Betrieb von Bootsliegeplätzen. Im Zuge der miete-seitigen Vertragsverlängerung (Option) verlangte die Vermieterin eine Anpassung des jährlichen Mietzinses von bisher 23 930 auf neu 143 255 Franken, was die Mieterin ablehnte.

Nach erfolglosem Einigungsversuch vor der Schlichtungsstelle erhob die Mieterin am 14. Januar 2019 Klage beim Mietgericht (Einzelgericht). Im Anschluss an eine Sistierung und gescheiterte Instruktionsverhandlung überwies die Zivilgerichtspräsidentin das Verfahren mittels Verfügung an einen anderen Spruchkörper, die Kammer des Zivilgerichts. Begründet wurde diese gerichtsinterne Überweisung mit dem Umstand, dass es sich beim Mietobjekt (Wasserflächen) nicht um einen Geschäftsraum im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO handle, das vereinfachte Verfahren deshalb nicht anwendbar und das Mietgericht sachlich nicht zuständig sei.

Gegen diese Verfügung erhob die Mieterin am 10. Juli 2020 Beschwerde beim Appellationsgericht und beantragte deren Aufhebung bzw. die Rückweisung des Falls an das Mietgericht (Einzelgericht) zur materiellen Beurteilung.

## Erwägungen

### 2. Verfahrensüberweisung durch das Mietgericht

Die ZPO geht vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben. Eine Überweisung des Verfahrens vom Amtes wegen ist in der ZPO hingegen nicht vorgesehen (BGer 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2 mit Hinweisen). In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass bei Einreichung einer Eingabe bei einem sachlich unzuständigen Spruchkörper des gleichen Gerichts die Eingabe intern an die zuständige Instanz weitergeleitet werden müsse (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O. [Zivilprozessrecht, 3. Auflage 2019], § 12 N 5; BERGER-STEINER, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 63 ZPO N 22 ff.). Das Bundesgericht hat die Frage offengelassen, ob eine solche (interne) Weiterleitungspflicht an den nach kantonalem Recht sachlich zuständigen Spruchkörper und/oder in das

richtige Verfahren geboten ist, wenn die Partei die Eingabe versehentlich an den falschen Spruchkörper adressiert und/oder die falsche Verfahrensart angegeben hat. Ein solches Vorgehen ist nach Ansicht des Bundesgerichts jedenfalls dann nicht angebracht, wenn feststeht, dass die klagende Partei ihre Klage gerade durch den angerufenen Spruchkörper und in der von ihr gewählten Verfahrensart beurteilt haben möchte. In diesem Fall hat auch dieser Spruchkörper über die Zulässigkeit der Klage im entsprechenden Verfahren zu entscheiden. Kommt der angerufene Spruchkörper zum Schluss, dass die Prozessvoraussetzungen nicht vorliegen, trägt es der zivilprozessualen Dispositionsbefugnis der klagenden Partei Rechnung, wenn auf ihre Klage nicht eingetreten und ihr damit die Wahl gelassen wird, ihr Begehren – unter den Voraussetzungen von Art. 63 ZPO in Wahrung der Rechtshängigkeit (vgl. hierzu BGE 138 III 471 E. 6 S. 481-483) – bei der zuständigen Behörde und im richtigen Verfahren neu einzureichen oder nicht. Denn mit Blick auf die unterschiedliche Ausgestaltung des vereinfachten Verfahrens im Vergleich zum ordentlichen Verfahren, namentlich in Bezug auf die materielle Prozessleistung und die Prozesskosten, kann die klagende Partei ein legitimes Interesse daran haben, eine Beurteilung ihrer Begehren im vereinfachten Verfahren anzustreben, die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens hingegen abzulehnen (vgl. zum Ganzen BGer 4A\_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.4.2).

Im vorliegenden Fall stellte sich die Mieterin im zivilgerichtlichen Verfahren wie auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt, die vorliegende Streitigkeit falle gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO unter das vereinfachte Verfahren und folglich (unabhängig vom Streitwert) in die Zuständigkeit des Mietgerichts. Unter diesen Umständen kann von vornherein nicht gesagt werden, die Mieterin habe ihre Eingabe versehentlich an den falschen Spruchkörper adressiert und die falsche Verfahrensart bezeichnet. Eine interne Überweisung in das ordentliche Verfahren vor der Kammer des Zivilgerichts war somit unzulässig.

### 3. Entscheid

3.1 Aus diesen Erwägungen folgt, dass das Mietgericht das Verfahren zu Unrecht an die Kammer des Zivilgerichts überwies. Demgemäss ist die angefochtene Verfügung aufzuheben. Da sich aus den Akten des Mietgerichts nicht ergibt, ob sich die Parteien im zivilgerichtlichen Verfahren zur Frage der sachlichen Zuständigkeit bereits äussern konnten, ist ein diesbezüglicher Entscheid durch die Beschwerdeinstanz mangels Spruchreife nicht möglich. Somit kann dem Antrag der Mieterin, das Verfahren zur materiel-

len Beurteilung an das Mietgericht zurückzuweisen, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist das Mietgericht anzuweisen, unter Gewährung des rechtlichen Gehörs der Parteien entweder einen Nichteintretensentscheid zu fällen oder die Klage materiell zu beurteilen.

---

Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 10. November 2020 (Nr. BEZ.2020.38)

---

---

## Folgen der Säumnis – Wiederherstellungsgesuch?

**Säumnis der klagenden Partei führt zum Nichteintretensentscheid. Um in der Folge ein Wiederherstellungsgesuch zu beantragen, reicht der erkennbare Wille. Ein solches Gesuch muss nicht ausdrücklich gestellt werden, jedoch muss in einem solchen Fall der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewährt werden. Liegt für die Säumnis der klagenden Partei kein entschuldbarer Grund vor, muss ein Wiederherstellungsgesuch – nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei – abgewiesen werden.**

---

### Conséquences du défaut d'une partie – requête en restitution ?

Le défaut de la partie plaignante entraîne une décision de non-entrée en matière. Pour déposer par la suite une requête en restitution, la volonté reconnaissable suffit. Si la requête ne doit pas être formulée expressément, le droit d'être entendu doit être accordé dans un tel cas à la partie adverse. S'il n'y a pas de raison valable au défaut de la partie plaignante, la requête en restitution doit être rejetée, après que la partie adverse a eu le droit d'être entendue.

---

### Conseguenze della mancata comparizione – domanda di restituzione?

La mancata comparizione dell'attore ha portato a una decisione di non entrata nel merito. Per ottenere la restituzione non è necessario presentare un'apposita domanda, basta la volontà manifesta; tuttavia, va concesso alla controparte il diritto di essere sentito. Se per la mancata comparizione dell'attore non sussiste alcun valido motivo, dopo il diritto di essere sentito concesso all'altra parte, la domanda di restituzione deve essere respinta.

## Sachverhalt

Am 19.08.2020 kündigten die Vermieter (Kläger) das Vertragsverhältnis mit der Mieterin (Beklagte) für die 3-Zimmerwohnung per Ende September 2020. Gegen diese Kündigung gelangte die Beklagte an die Schlichtungsstelle. Die Beklagte erschien nicht zur Schlichtungsverhandlung vom 24.09.2020, weshalb die Schlichtungsbehörde das Verfahren mit Entscheid vom 24.09.2020 als gegenstandslos abschrieb.

Ebenfalls am 24.09.2020 reichte die Beklagte ein Arztzeugnis ein, woraufhin die Schlichtungsbehörde eine neue Schlichtungsverhandlung ansetzte. Als auch an der Schlichtungsverhandlung vom 13.10.2020 keine Einigung zustande kam, unterbreitete die Schlichtungsbehörde einen Urteilsvorschlag. Dieser wurde von den Klägern am 27.10.2020 abgelehnt, weshalb ihnen am 2.11.2020 die Klagebewilligung vom 30.10.2020 zugestellt wurde.

Mit Klage vom 2.12.2020 beantragten die Kläger, es sei die Nichtigkeit des Urteilsvorschlags der Schlichtungsbehörde vom 13.10.2020 festzustellen. Als Eventualantrag wurde die Feststellung der Gültigkeit der Kündigung beantragt.

## Erwägungen

### 3. Nichtigkeit des Urteilsvorschlags vom 13.10.2020

#### 3.1.

Die Kläger beantragen, es sei die Nichtigkeit des Urteilsvorschlags der Schlichtungsbehörde Miet- und Pacht vom 13.10.2020 (...) festzustellen. Sie machen im Wesentlichen geltend, die Beklagte sei der Schlichtungsverhandlung vom 24.9.2020 unentschuldigt ferngeblieben, weshalb das Verfahren mit Entscheid vom 24.9.2020 als gegenstandslos im Sinne von Art. 206 Abs. 1 ZPO abgeschrieben worden sei. Das von der Beklagten am 24.9.2020 eingereichte Arztzeugnis sei von der Schlichtungsbehörde wohl als Wiederherstellungsgesuch gemäss Art. 148 ZPO aufgefasst und wohl auch gutgeheissen worden. Ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs habe die Schlichtungsbehörde eine neue Schlichtungsverhandlung angesetzt. Die Schlichtungsbehörde habe jedoch verkannt, dass der von der Beklagten erlittene «einstündige Ohnmachtsanfall» für Herrn med. pract. X nicht klar beurteilbar gewesen und die Beklagte bei der ärztlichen Untersuchung neurologisch unauffällig gewesen sei. Ein Säumnisgrund sei von der Be-

klagten nicht ansatzweise glaubhaft dargelegt worden, weshalb keine Wiederherstellung des Termins der Schlichtungsverhandlung hätte stattfinden dürfen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte die Schlichtungsverhandlung schlicht verpasst habe und sich deswegen mittags ein ärztliches Zeugnis [...] organisiert habe. Selbst wenn wider Erwarten von einem Säumnisgrund auszugehen wäre, hätte die Schlichtungsbehörde die Parteien darauf hinweisen müssen, dass der Entscheid vom 24.9.2020 aufgehoben werde. Weiter hätte sie den Klägern die Möglichkeit einräumen müssen, eine Stellungnahme einzureichen. Folglich sei das Schlichtungsverfahren gemäss Entscheid vom 24.9.2020 bereits abgeschrieben und der Urteilsvorschlag vom 13.10.2020 nichtig [...].

Die Beklagte beantragt sinngemäss, die Klage sei abzuweisen. Sie führt im Wesentlichen aus, sie habe vor dem ersten Termin bei der Schlichtungsbehörde keinen Ohnmachtsanfall vorgespielt. Sie leide an einer psychischen Krankheit. Beim zweiten Termin seien beide Parteien anwesend gewesen und sie habe gedacht, dass diese Sitzung gelte [...].

#### 3.2.

Gemäss Art. 204 Abs. 1 ZPO müssen die Parteien persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen. Säumnis einer Partei an der Schlichtungsverhandlung liegt vor, wenn sie ordnungsgemäss vorgeladen wurde und sie dieser trotz Abwartens einer Respektviertelstunde unentschuldigt fernbleibt (INFANGER, Basler Kommentar, 2017, N 5 ff. zu Art. 206 ZPO). Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Die Bestimmung lässt der Schlichtungsbehörde keine Wahl und schliesst die Möglichkeit eines Urteilsvorschlags oder einer Klagebewilligung bei Säumnis der klagenden Partei absolut aus (Urteil BGer 4\_588/2019 vom 12.5.2020 E. 6.3). Ein trotz Säumnis der klagenden Partei unterbreiteter Urteilsvorschlag und eine in der Folge ausgestellte Klagebewilligung ist daher nichtig (BGE 140 III 310 E. 1.3.2 und nicht publizierte E. 1.6 - Pra 2015 Nr. 34; Urteil BGer 4\_588/2019 vom 12.5.2020 E. 6.3).

#### 3.3.

Das Wiederherstellungsverfahren nach Art. 148 f. ZPO ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch auf das Schlichtungsverfahren anwendbar (BGE 139 III 478 nicht veröffentlichte E. 3 = Pra 2014 Nr. 46). Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Ver-

schulden trifft. Eine plötzliche Erkrankung kann eine Wiederherstellung rechtfertigen. Entscheidend sind der Zeitpunkt und die Schwere der Erkrankung. Die säumige Partei trägt die Beweislast für den behaupteten Wiederherstellungsgrund und für das fehlende bzw. leichte Verschulden. Beweismass ist die Glaubhaftmachung (Gozzi, Basler Kommentar, 2017, N 20 und 38 zu Art. 148 ZPO). Eine ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit erbringt nicht in jedem Fall den Nachweis für die Entschuldbarkeit der Säumnis — auch Arztzeugnisse unterliegen der freien Beweiswürdigung (FREI, Berner Kommentar, 2012, N 12 zu Art. 149 ZPO).

Die Wiederherstellung einer Frist oder eines Termins erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern nur auf ein entsprechendes Gesuch hin (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Die säumige Partei hat das Wiederherstellungsgesuch innert zehn Tagen nach Wegfall des Säumnisgrunds einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO), spätestens aber innert sechs Monaten seit Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids (Art. 148 Abs. 3 ZPO). Der Gegenpartei ist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Wiederherstellungsgesuch zu geben (Art. 149 ZPO). Soweit die materiellen Voraussetzungen für eine Wiederherstellung erfüllt sind, kann diese auch nach Eröffnung, Rechtskraft und Vollstreckung eines Entscheids beantragt und bewilligt werden (Gozzi, a.a.O., N 43 zu Art. 148 ZPO). Die nach der Säumnis aber vor der Wiederherstellung ergangenen Verfügungen, End- oder Zwischenentscheide, die durch die Wiederherstellung berührt werden, sind ohne Weiteres aufgehoben. Das Gericht muss diese bei der Wiederherstellung genau bezeichnen (Gozzi, a.a.O., N 8 zu Art. 149 ZPO; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2019, § 17 FRZ. 16; Marbacher, Stämpfli Handkommentar, 2010, N 17 zu Art. 148 ZPO). Der Entscheid über die Wiederherstellung ist endgültig (Art. 149 ZPO). Vorbehalten bleibt aber eine mittelbare Anfechtung des Wiederherstellungsentscheids durch ein Rechtsmittel gegen den im betreffenden Verfahren ergangenen End- oder Zwischenentscheid (Gozzi, a.a.O., N 11 zu Art. 149 ZPO; BGE 139 III 478 E. 6.3).

### 3.4.

Aus den Akten des Schlichtungsverfahrens [...] ergibt sich folgender Ablauf des Schlichtungsverfahrens: Mit Schlichtungsgesuch vom 2.9.2020 beantragte die Beklagte sinngemäss, die Kündigung des Mietverhältnisses der Parteien per Ende September 2020 sei aufzuheben; der bestehende Mietvertrag für die 3-Zimmerwohnung [...] solle unbeschränkt seine Gültigkeit behalten [...]. Mit Verfügung vom 8.9.2020 lud die Schlichtungsbehörde die Parteien zur Schlichtungsverhandlung vom 24.9.2020 um 10.15 Uhr vor [...]. Die Beklagte erschien nicht zur angesetzten Schlich-

tungsverhandlung, weshalb die Schlichtungsbehörde das Verfahren gleichentags als gegenstandslos abschrieb [...]. Ebenfalls am 24.9.2020 reichte die Beklagte ein auf den gleichen Tag datiertes ärztliches Zeugnis bei der Schlichtungsbehörde ein [...]. Gestützt auf das Arztzeugnis setzte die Schlichtungsbehörde mit Verfügung vom 25.9.2020 die Schlichtungsverhandlung neu an [...]. Beide Parteien erschienen zur zweiten Schlichtungsverhandlung, anlässlich welcher ihnen ein Urteilsvorschlag in Aussicht gestellt wurde [...]. Am 27.10.2020 lehnten die Kläger den Urteilsvorschlag ab [...]. In der Folge stellte die Schlichtungsbehörde den Klägern am 2.11.2020 die Klagebewilligung vom 30.10.2020 zu [...].

### 3.4.1.

Es ist unbestritten und erstellt, dass die Beklagte zur ersten Schlichtungsverhandlung vom 24.9.2020 durch die Schlichtungsbehörde Miete und Pacht ordnungsgemäss vorgeladen wurde (ed. Bel. 1.5). Das von der Beklagten gleichentags kommentarlos eingereichte Arztzeugnis nahm die Schlichtungsbehörde als Wiederherstellungsgesuch entgegen. Dies ist nicht zu beanstanden, da ein entsprechendes Gesuch nicht ausdrücklich gestellt werden muss, sondern ein erkennbarer Wille genügt (Gozzi, a.a.O., N 35 zu Art. 148 ZPO). Entgegen den Vorgaben gemäss Art. 149 ZPO zum Wiederherstellungsverfahren räumte die Schlichtungsbehörde den Klägern jedoch keine Frist ein, um zum Wiederherstellungsgesuch der Beklagten Stellung zu nehmen. Die Voraussetzungen von Art. 253 ZPO, wonach bei einem offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Gesuch auf die Anhörung der Gegenpartei verzichtet werden kann (HOFFMANN-NOWOTNY, Kurzkomentar ZPO, 2021, N 1 zu Art. 149 ZPO; Urteil OGer ZH, RU120046 vom 15.12.2012 E. 1.4), sind vorliegend offensichtlich nicht gegeben. Die Kläger sind durch die Tatsache, dass die Schlichtungsbehörde das Verfahren wieder aufgenommen hat, anstatt es beim Abschreibungsentscheid vom 24.9.2020 bewenden zu lassen, beschwert. Mit der Wiederaufnahme des Schlichtungsverfahrens, ohne die damals nicht anwaltlich vertretenen Kläger zur Stellungnahme aufgefordert zu haben, verletzte die Schlichtungsbehörde deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Zudem fällt die Schlichtungsbehörde keinen formellen Entscheid über das Wiederherstellungsgesuch, sondern lud die Parteien mit Verfügung vom 25.9.2020 direkt zu einer neuen Schlichtungsverhandlung vor. Entsprechend hielt die Schlichtungsbehörde nirgends fest, der bereits ergangene Abschreibungsentscheid vom 24.9.2020 sei aufgehoben. Ob der den Parteien unterbreitete Urteilsvorschlag bei dieser Ausgangslage bereits aus formellen Gründen nichtig ist, kann offenbleiben. Wie sich

nachfolgend zeigt, hätte das Wiederherstellungsgesuch der Gesuchstellerin auch bei materieller Prüfung nicht gutgeheissen werden dürfen.

#### 3.4.2.

Gemäss dem von der Beklagten im Schlichtungsverfahren eingereichten ärztlichen Zeugnis von Herrn med. pract. X der Y Luzern, XY AG, vom 24.9.2020 habe es sich um eine Notfall-Konsultation zwischen 12.00 Uhr und 13.30 Uhr wegen «anamnestisch [gemäss Angaben der Patientin, vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Anamnese>, besucht am 7.7.2021] stattgehabtem «Ohnmachtszustand» heute morgens ca. 8-9 Uhr«gehandelt. Aktuell sei die Beklagte neurologisch unauffällig. Die retrospektive Bewusstseinsstörung und deren Ätiologie [Ursache, vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Aetiologie>, besucht am 7.7.2021] seien nicht klar beurteilbar (ed. Bel. 1.9). Das ärztliche Zeugnis gibt demnach lediglich die subjektive Schilderung der Beklagten, sie habe am 24.9.2020 zwischen ca. 8.00 bis 9.00 Uhr einen "Ohnmachtszustand« erlitten, wieder. Der behandelnde Arzt konnte gleichentags ab 12.00 Uhr jedoch weder Anzeichen noch Ursachen für die von ihr beschriebene Symptomatik feststellen. Er hielt denn auch keine Arbeitsunfähigkeit für den von ihr angegebenen Zeitraum ihres «Ohnmachtszustands» fest und ordnete keine weitere Behandlung an (ed. Bel. 1.9). Damit hat die Beklagte nicht glaubhaft gemacht, dass ein Wiederherstellungsgrund für ihre Säumnis an der Schlichtungsverhandlung vorlag. Dies würde selbst dann gelten, wenn man die Symptomatik, welche die Beklagte dem behandelnden Arzt schilderte, als glaubhaft erachten würde: Da der angebliche Ohnmachtszustand bloss bis ca. 9.00 Uhr dauerte, hätte die Beklagte an der auf 10.15 Uhr angesetzten Schlichtungsverhandlung teilnehmen oder die Schlichtungsbehörde zumindest telefonisch über ihre gesundheitlichen Probleme informieren und eine Verschiebung der Verhandlung beantragen können (STAEHELIN, Schulthess-Kommentar, 2016, N 4 zu Art. 135 ZPO). Die Beklagte hat somit nicht glaubhaft dargelegt, dass ein Wiederherstellungsgrund für die Schlichtungsverhandlung vorlag, und sie an ihrer Säumnis kein bzw. nur ein leichtes Verschulden traf.

#### 3.4.3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte an der Schlichtungsverhandlung vom 24.9.2020 säumig war. Da für die Säumnis kein entschuldbarer Grund vorlag, hätte die Schlichtungsbehörde das Wiederherstellungsgesuch der Beklagten - nach Wahrung des rechtlichen Gehörs der Kläger - abweisen müssen. Beim Abschreibungsentscheid vom 24.9.2020 hätte es sein Bewenden gehabt. Die zweite Schlichtungsverhandlung vom 13.10.2020 hätte nicht

stattfinden und es hätte weder der Urteilsvorschlag vom 13.10.2020 unterbreitet, noch die Klagebewilligung vom 30.10.2020 ausgestellt werden dürfen. Wie ausgeführt, sieht Art. 206 Abs. 1 ZPO bei Säumnis der klagenden Partei als zwingende Folge die Abschreibung des Schlichtungsverfahrens vor. Der trotz Säumnis der Beklagten unterbreitete Urteilsvorschlag ist daher nichtig. Dasselbe gilt für die Klagebewilligung vom 30.10.2020 (vgl. E. 3.2.).

#### Fazit

Das Gericht hat die Voraussetzungen zur Wiederherstellung der von der Beklagten versäumten Schlichtungsverhandlung abschlägig beurteilt und festgestellt, dass der Urteilsvorschlag und die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde aufgrund der Säumnis der Beklagten nichtig sind (vgl. E. 3.4.3.). In der Folge läge auch keine gültige Klagebewilligung für das vorliegende Verfahren vor, weshalb ein Nichteintretensentscheid gefällt werden müsste (BGE 140 III 70 E. 5; Art. 69 Abs. 1 ZPO e contrario). Aufgrund der vorliegenden speziellen Konstellation, bei der die Kläger wie ausgeführt gar keine andere Möglichkeit hatten, als den Urteilsvorschlag abzulehnen und nach Erhalt der Klagebewilligung auf Nichtigkeit des Urteilsvorschlages zu klagen, erscheint dies jedoch stossend. Es kann nicht angehen, dass eine rechtsuchende Partei den ihr einzig offenstehenden prozessualen Weg beschreitet und dennoch keinen Rechtsschutz erhält. Dies käme einer Rechtsverweigerung gleich. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Urteilsvorschlag bei Kündigungsschutzstreitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen als anerkannt gilt und zum rechtskräftigen Entscheid wird, sofern die Klage nicht (rechtzeitig) eingereicht oder wieder zurückgezogen wird (vgl. GLOOR/UMBRICHT LUKAS, Kurzkomentar ZPO, 2021, N 5 zu Art. 211 ZPO). Dasselbe hat grundsätzlich bei einem Nichteintretensentscheid durch das erstinstanzliche Gericht zu gelten. Die Klage der Kläger ist daher gutzuheissen und antragsgemäss ist im Rechtspruch die Nichtigkeit des Urteilsvorschlages festzustellen. Damit bleibt es bei der am 24.9.2020 verfügten Abschreibung des Schlichtungsverfahrens durch die Schlichtungsbehörde.

---

Entscheid des Bezirksgerichts Luzern vom 7. Juli 2021 (3B1 20 15)

---

# Abkürzungsverzeichnis

## Abréviations

## Abbreviazion

<b>ACJC</b>	Référence des arrêts de la Cour de justice de Genève	<b>CR CC I</b>	Commentaire Romand, Code civil I
<b>aCO</b>	Ancien Code des obligations	<b>CR CO I</b>	Commentaire Romand, Code des obligations I
<b>AJP</b>	Aktuelle juristische Praxis	<b>Cst.</b>	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
<b>ATF</b>	Arrêts du Tribunal fédéral suisse	<b>DB</b>	Revue du droit du bail
<b>BGE</b>	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>DTF</b>	Decisioni del Tribunale federale svizzero
<b>BGer</b>	Bundesgericht	<b>EMRK</b>	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
<b>BJM</b>	Basler Juristische Mitteilungen	<b>FamPra.ch</b>	Die Praxis des Familienrechts
<b>BK</b>	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht	<b>FF</b>	Feuille fédérale
<b>BMM</b>	Bundesbeschluss vom 30. Juni 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (SR 221.213.1)	<b>HAP</b>	Handbücher für die Anwaltspraxis
<b>BSK</b>	Basler Kommentar	<b>JdT</b>	Journal des tribunaux
<b>BV</b>	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)	<b>LaCC</b>	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (RS GE E 1 05)
<b>CC</b>	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210); Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)	<b>LBFA</b>	Loi fédérale sur le bail à ferme agricole (SR 221.213.2)
<b>CCA</b>	Camera civile del Tribunale di appello (TI)	<b>LCAP</b>	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)
<b>CCR</b>	Contrat-cadre romand de baux à loyer	<b>LCBD</b>	Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale du 23 juin 1995 (RS 221.213.15)
<b>CdB</b>	Cahiers du bail	<b>LDTR</b>	Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (RS GE L 5 20)
<b>CEDH</b>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)	<b>LEF</b>	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1)
<b>CEDU</b>	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (RS 0.101)	<b>LGL</b>	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05)
<b>CHK</b>	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht	<b>LOG</b>	Loi sur le logement du 21 mars 2003 (RS 842)
<b>CO</b>	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220); Codice delle obbligazioni del 30 marzo 1911 (RS 220)	<b>LOJ</b>	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (RS GE E 2 05)
<b>Cost.</b>	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999 (RS 101)		
<b>CPC</b>	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272); Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (RS 272)		
<b>CPra Bail</b>	Commentaire pratique Droit du bail à loyer et à ferme		

<b>LP</b>	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)	<b>TF</b>	Tribunal fédéral; Tribunale federale
<b>LPrA</b>	Legge sulla promozione dell'alloggio del 21 marzo 2003 (RS 842)	<b>VMM</b>	Verordnung vom 10. Juli 1972 über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (SR 221.213.11)
<b>LTF</b>	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.10)	<b>VMWG</b>	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11)
<b>mp</b>	Mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht	<b>WEG</b>	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843)
<b>MRA</b>	MietRecht Aktuell	<b>WFG</b>	Wohnraumförderungsgesetz vom 21. März 2003 (SR 842)
<b>NZZ</b>	Neue Zürcher Zeitung	<b>ZBJV</b>	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
<b>OBLF</b>	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)	<b>ZGB</b>	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
<b>OLAL</b>	Ordinanza concernente la locazione e l'affitto di locali d'abitazione o commerciali del 9 maggio 1990 (RS 221.213.11)	<b>ZK</b>	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
<b>OR</b>	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)	<b>ZMP</b>	Zürcher Mietrechtspraxis
<b>PJA</b>	Pratique Juridique Actuelle	<b>ZPO</b>	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
<b>Plädoyer</b>	Plädoyer: Magazin für Recht und Politik	<b>ZR</b>	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
<b>Plaidoyer</b>	Plaidoyer: Revue juridique et politique	<b>ZSR</b>	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
<b>Pra</b>	Die Praxis		
<b>RDS</b>	Revue de droit suisse		
<b>recht</b>	Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis		
<b>RGL</b>	Règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires (RS GE I 4 05.01)		
<b>RPUS</b>	Règlement relatif aux plans d'utilisation du sol de la Ville de Genève (LC 21 211)		
<b>RSJ</b>	Revue Suisse de Jurisprudence		
<b>SchKG</b>	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)		
<b>SJ</b>	La Semaine judiciaire		
<b>SJZ</b>	Schweizerische Juristen-Zeitung		
<b>SVIT-K</b>	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft - Kommentar zum schweizerischen Mietrecht		

## **Impressum**

### **Herausgeber/ Edité par/ Edito da**

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

Hallwylstrasse 4, 3003 Bern  
Tel. +41 58 480 91 11, Fax +41 58 480 91 10  
info@bwo.admin.ch, www.bwo.admin.ch

### **Download**

www.bwo.admin.ch

### **Redaktion/ Rédaction/ Redazione**

Daniel Stähli, Adrian Kägi, Aldiana Mazza, Barbara Ballmer, BWO/OFL/UFAB

### **Gestaltungskonzept/ Conception graphique/ Concetto grafico**

Hahn+Zimmermann, Bern

### **Zitierweise/ Mode de citation/ Metodo di citazione**

*Mitteilungen zum Mietrecht, Auszüge aus Gerichtssentscheiden, Band 61, 1/2022.* Bundesamt für Wohnungswesen, Bern.

*Communications concernant le droit du bail, Extraits de la jurisprudence, volume 61, 1/2022.* Office fédéral du logement, Berne.

*Comunicazioni concernenti il diritto di locazione, Estratti di giurisprudenza, volume 61, 1/2022.* Ufficio federale delle abitazioni, Berna.

### **Anmerkung/ Remarque/ Note**

Die auszugsweise wiedergegebenen Urteile stellen eine Auswahl des Redaktionsteams dar, welche anonymisiert und sprachlich geringfügig vereinheitlicht worden sind.

Les jugements sélectionnés par les rédacteurs sont reproduits sous forme d'extraits qui ont été rendus anonymes et légèrement standardisés sur le plan linguistique.

I giudizi riprodotti in estratti rappresentano una selezione della redazione, resa anonima e leggermente standardizzata linguisticamente.

