

**LSI/AR**

**An das Schweizerische Bundesgericht**

**Av. du Tribunal fédéral 29**

**1000 Lausanne 14**

## **ANTWORT AUF DIE BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN**

von

**Frau Mathilde de Certoux** (Adresse, 1224 Chênes-Bougeries)

vertreten durch Team 37

**Beschwerdegegnerin**

gegen

**Herr Johannes Bluntschli** (Adresse, 8805 Richterswil)

vertreten durch Team 37

**Beschwerdeführer**

betreffend

**Kündigung Mietvertrag und Mietzinserhöhung (Beschwerde in Zivilsachen gegen**

**das Urteil des oberen Gerichtshofes des Kantons Genf vom 1. April 2016)**

# Team 37

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>INHALTSVERZEICHNIS</b> .....	<b>I</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>III</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>V</b>
<b>RECHTSBEGEHREN</b> .....	<b>1</b>
<b>BEGRÜNDUNG</b> .....	<b>1</b>
I. FORMELLES .....	1
II. TATSÄCHLICHES .....	1
III. RECHTLICHES .....	1
A. VON DEM BESCHWERDEFÜHRER ANGEFOCHTENE PUNKTE.....	1
B. BEGRÜNDUNG DER BEGEHREN DER BESCHWERDEGEGNERIN .....	2
1. Ungültigkeit der Kündigung des Beschwerdeführers .....	2
1.1. Formerfordernisse der Kündigungsanfechtung .....	2
1.2. Rechtsmissbräuchliche Kündigung.....	2
1.2.1. Unzulässiger Kündigungsgrund der Zuwiderhandlung gegen das Haustierverbot ...	3
1.2.2. Unzulässiger Kündigungsgrund des Eigenbedarfs.....	4
1.2.3. Unzulässiger Kündigungsgrund der umfassenden Sanierung.....	5
2. Mietzinserhöhungen und Rückzahlung des Differenzbetrages .....	6
2.1. Fehlende Voraussetzungen des Begriffs «Luxuswohnung» (Art. 253b Abs. 2 OR) ...	6
2.2. Unzulässigkeit der Mietzinserhöhungen .....	8
2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR) .....	8
2.2.2. Abänderung mittels Konsens .....	9
2.3. Reduktion des Mietzinses auf CHF 9'700.-- monatlich .....	10
2.4. Gültigkeit des Herabsetzungsverfahrens (Art. 270a OR).....	13
2.5. Eventualiter: Fehlender Konsens betreffend etwaiger Abänderungsverträge .....	14
2.6. Rückforderung aus unstatthaften Mietzinserhöhungen und Herabsetzung des Mietzinses .....	15
2.6.1. Rückforderungsanspruch aus unstatthaften Mietzinserhöhungen (Art. 62ff. OR)..	16
2.6.2. Rückforderungsanspruch aus Herabsetzung des Mietzinses .....	16
3. Aufhebung des Vertrages mit der Sicherheitsunternehmung und Rückzahlung des Differenzbetrages .....	17
3.1. Absichtliche Täuschung durch Beschwerdeführer (Art. 28 Abs. 1 OR).....	17

3.2. Fehlendes Formular bei Nebenkosteneinführung (Art. 269d Abs. 3 i.V.m. Art. 269d Abs. 1 OR).....	19
3.3. Nichtiges Koppelungsgeschäft (Art. 254 OR).....	19
3.4. Ausserordentliches Kündigungsrecht bezüglich dem Sicherheitsvertrag (Art. 27 Abs. 2 ZGB).....	20
3.5. Gültigkeit der Rückforderungsansprüche.....	20

## LITERATURVERZEICHNIS

BÉGUIN ANDREAS, Grundsatz der Wirtschaftlichkeit von Nebenkosten, mp 3/2014 S. 179 (zitiert: BÉGUIN, mp 3/2014, S.).

CALAMO CHRISTIAN, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1993 (zitiert: CALAMO, S.).

FURRER ANDREAS/SCHNYDER K. ANTON (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2012 (zitiert: BEARBEITER-CHK, Art., N.).

GIGER HANS, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253-273c OR, Grundsatzanalyse, Vorbemerkungen und Art. 253-255 OR, Bern 2013 (zitiert: GIGER-BK, Art., N.).

HIGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V IIb: Die Miete,

- erste Lieferung: Art. 253-265 OR, 3. Aufl., Zürich 1994;

- zweite Lieferung: Art. 266-268b OR, 4. Aufl., Zürich 1995;

- dritte Lieferung: Art. 269-270e OR, 4. Aufl., Zürich 1998;

- vierte Lieferung: Art. 271-274g OR, 4. Aufl., Zürich 1996 (zitiert: HIGI-ZK, Art., N.).

HOFER SYBILLE/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. Aufl., Bern 2012 (zitiert: BEARBEITER, Einleitungsartikel und Personenrecht, N.).

HONSELL HEINRICH (Hrsg.), Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014 (zitiert: BEARBEITER-KUKO OR, Art., N.).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zitiert: BEARBEITER-BSK OR I, ART., N.).

KOLLER THOMAS, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 149/2013, S. 876 (zitiert: KOLLER, ZBJV 2013, S.).

KRAMER A. ERNST/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine

Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentare zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zitiert: KRAMER/SCHMIDLIN-BK, Art., N.).

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Lausanne 2008 (zitiert: LACHAT, le bail à loyer, S.).

LACHAT DAVID et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009 (zitiert: LACHAT /KAPITELAUTORIN, N.).

PERMANN RICHARD, Kommentar zum Mietrecht: Mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, 2. Aufl., Zürich 2007 (zitiert: PERMANN-OFK, Art., N.).

RONCORONI GIACOMO, Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts, mp 2/2006 S. 67 (RONCORONI, mp 2/2006, S.).

SVIT-Kommentar, Schweizerisches Mietrecht, Kommentar, hsg. vom Schweizerischen Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zitiert: SVIT-Kommentar, Art., N.).

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., (zitiert: SCHWENZER, N.).

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Commentaire, 2e édition, Bâle 2012 (zitiert: BEARBEITER-CR CO I, Art., N.).

WICHSER WERNER, Mangelhafte Mängelregelung im Mietrecht, SJZ 89/1993 S. 246 (zitiert: WICHSER, SJZ 89/1993, S.).

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Das Verzeichnis enthält nur technische Begriffe, nicht aber werden allgemein gebräuchliche Abkürzungen wie zum Beispiel, u.a., d.h. oder gem. aufgeführt.

Abs.	Absatz
Al.	Alinéa = Abs.
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Kommentar
CR	Commentaire romand
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	Et alii = und weitere
f.	Folgend
ff.	Fortfolgend
Hrsg.	Herausgeber
hsg.	Herausgegeben
i.S.d.	Im Sinne des
i.S.v.	Im Sinne von
i.V.m.	In Verbindung mit
JdT	Journal des Tribunaux

KUKO	Kurzkommentar
Lit.	Littera = Buchstabe
mp	Mietrechtspraxis
MRA	MietRecht Aktuell
M.w.H.	Mit weiteren Hinweisen
N.	Note(n); Fussnote(n); Randnote(n)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR/CO	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 in der am 1. Juli 2016 gültigen Fassung (SR 220)
S.	Seite(n)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SVIT	Schweizerischer Verband der Immobilienwirtschaft
VMWG	Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 in der am 1. Juli 2014 gültigen Fassung (SR 221.213.11)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB/CC	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 in der am 1. April 2016 gültigen Fassung (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar

## **RECHTSBEGEHREN**

1. Das Urteil des oberen Gerichtshofs des Kantons Genf vom 1. April 2016 sei in einem neuen Entscheid zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

## **BEGRÜNDUNG**

### **I. FORMELLES**

In formeller Hinsicht schliesst sich die Beschwerdegegnerin den Ausführungen des Beschwerdeführers an.

### **II. TATSÄCHLICHES**

Ergänzend ist zu den tatsächlichen Ausführungen in der Beschwerdeschrift von Johannes Bluntzli (nachfolgend: «Beschwerdeführer») an Mathilde de Certoux (nachfolgend: «Beschwerdegegnerin») zu erwähnen, dass im Zuge der Renovationen im Jahre 1992 ein massgeschneidertes Kino entstand, welches aber nur via VHS Videokassetten betrieben werden kann.

In Bezug auf die zweite Mietzinserhöhung ist zu sagen, dass aus der Sachverhaltsangabe, wonach die Zweiterhöhung mit einfachem Brief erfolgte, geschlossen werden kann, dass kein amtliches Formular beigelegt wurde. Die Tatsache, dass in den Akten von einer zweiten Mietzinserhöhung per einfachem Briefes die Rede ist, schliesst das Verwenden eines amtlichen Formulars aus.

Ansonsten gibt es keine zusätzlichen Anmerkungen seitens der Beschwerdegegnerin mehr.

### **III. RECHTLICHES**

#### **A. VON DEM BESCHWERDEFÜHRER ANGEFOCHTENE PUNKTE**

In seiner Beschwerdeschrift macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Kündigung, die einzelnen Mietzinserhöhungen und der Sicherheitsvertrag zulässig sind. Der Beschwerdeführer spricht vor allem die Gültigkeit der Kündigung an, sowie die Unabänderlichkeit der Mietzinserhöhungen. Auch der Sicherheitsvertrag ist gültig und damit bindend. Weiter sind allfällige Rückforderungsansprüche nach Ansicht des Beschwerdeführers unzulässig, vor allem bezüglich den Mietzinserhöhungen und dem Sicherheitsvertrag. Im Folgenden wird dargelegt, wieso die Ausführungen des Beschwerdeführers nicht zutreffen, sodass im Ergebnis den Begehren der Beschwerdegegnerin zu folgen ist. Nämlich ist weder die Kündigung noch die erwähnten Mietzinserhöhungen unproblematisch. Eine Kündigung kann u.a. trotz Beilegen eines amtlichen Formulars als ungültig gelten. Auch

ist der spezifische, mietrechtliche Schutz zu beachten, sowie der Sicherheitsvertrag zu thematisieren und als unstatthaft darzulegen.

Es ist daher das Urteil des oberen Gerichtshofs des Kantons Genf zu bestätigen.

## B. BEGRÜNDUNG DER BEGEHREN DER BESCHWERDEGEGNERIN

Nachfolgend wird erläutert, weshalb das Urteil des oberen Gerichtshofs des Kantons Genf zu bestätigen und den Begehren des Beschwerdeführers nicht stattzugeben ist.

### 1. Ungültigkeit der Kündigung des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer macht eine ordentliche Kündigung i.S.v. Art. 266a Abs. 1 OR<sup>1</sup> i.V.m. Art. 266c OR geltend. Es wird erläutert, wieso dies unzulässig ist. Eingangs ist noch zu erwähnen, dass es sich vorliegend um ein unbefristetes Mietverhältnis handelt, wie das vom Beschwerdeführer so geltend gemacht wird, da von den Parteien kein Vertragsablauf bestimmt wurde.<sup>2</sup>

#### 1.1. Formerfordernisse der Kündigungsanfechtung

Der Mieter kann gem. Art. 271 OR eine Kündigung, die gegen Treu und Glauben verstösst, bei der zuständigen Schlichtungsbehörde anfechten. Dies muss innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt des Kündigungsschreibens geschehen gem. Art. 273 Abs. 1 OR. Die Beschwerdegegnerin hat die Kündigung, die auf den 10. März 2014 datiert ist, am 11. März 2014 erhalten. Daraufhin focht sie am 1. April 2014 bei der zuständigen Mietschlichtungsstelle die Kündigung an und wahrte die vorgegebene Frist in Art. 273 Abs. 1 OR. Die Formerfordernisse der Kündigungsanfechtung sind somit gewahrt.

#### 1.2. Rechtsmissbräuchliche Kündigung

Eine Kündigung ist nach Art. 271 Abs. 1 OR anfechtbar, wenn sie dem allgemeinen Gebot zu loyalen und lauterem Verhalten widerspricht und somit den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt.<sup>3</sup> Art. 271 Abs. 1 OR ist Lex specialis zu Art. 2 Abs. 2 ZGB<sup>4</sup> und geht diesem vor.<sup>5</sup> Zur Bestimmung des Normgehalts ist Art. 2 Abs. 2 ZGB beizuziehen.<sup>6</sup> Rechtsmissbrauch liegt gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB vor, wenn gegen das Verbot des offenbaren Missbrauchs eines Rechts verstossen wird.<sup>7</sup> Art. 271 Abs.1 OR fordert im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz, welcher in Art. 2

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

<sup>2</sup> PERMANN-OFK, Art. 255 OR, N. 3f.

<sup>3</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR, N. 3.

<sup>4</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

<sup>5</sup> HRUBESCH/ BOSSHARDT, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 03.31.

<sup>6</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR, N. 3.

<sup>7</sup> HRUBESCH/ BOSSHARDT, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 03.08.

Abs. 2 ZGB statuiert ist, keinen offensichtlichen Rechtsmissbrauch.<sup>8</sup> Rechtsmissbrauch kann sich aus dem erweiterten Verbot des *Venire-contra-factum-proprium* ergeben, falls die Kündigung wegen Umständen, die schon seit langer Zeit hingenommen wurden, erfolgt.<sup>9</sup> Als Umstand kommt insbesondere eine bestimmte Art des Gebrauchs der Mietsache in Frage.<sup>10</sup> Ein Rechtsmissbrauch kann auch bei verzögerter Rechtsausübung vorliegen, wenn dem Vertragspartner dadurch Nachteile erwachsen.<sup>11</sup> Wird die Kündigung durch mehrere Motive begründet, so hängt deren Gültigkeit von einer Gesamtwürdigung der Umstände ab.<sup>12</sup> Werden zusätzliche Kündigungsgründe durch den Vermieter erst später nachgeschoben, so kann darin ein starkes Indiz für die Unglaubwürdigkeit und den Rechtsmissbrauch der gesamten Begründung erblickt werden.<sup>13</sup>

#### 1.2.1. Unzulässiger Kündigungsgrund der Zuwiderhandlung gegen das Haustierverbot

Der Beschwerdeführer macht eine ordentliche Kündigung i.S.v. Art. 266a Abs. 1 OR i.V.m. Art. 266c OR geltend, weil sich die Beschwerdegegnerin nicht an die Hausordnung gehalten haben soll. Konkret wird ihr vorgeworfen, das vertragliche Haustierverbot verletzt zu haben, indem sie einen Hund und eine Katze hält. Die Anschaffung der Haustiere erfolgte Jahre vor der Kündigung. Da die Parteien stets einen herzlichen Kontakt zueinander pflegten, kann angenommen werden, dass der Beschwerdeführer schon seit längerem um die Haltung der Tiere wusste. Das heisst, dass der Beschwerdeführer seit Jahren die Tierhaltung der Beschwerdegegnerin tolerierte. Zwar sprach er bei seinen Besuchen die Beschwerdegegnerin auf diesen Umstand an und bat sie, die Situation zu lösen, jedoch geschah dies erst in den letzten Jahren. Die Haustierhaltung wurde lange anstandslos akzeptiert. Es besteht kein Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln, aber der Vertragspartner darf sich auf das schutzwürdige Vertrauen berufen, das durch vorheriges Handeln begründet wurde. Ein Verschulden des sich widersprüchlich Verhaltenden wird nicht vorausgesetzt. Es genügt, wenn die Verhaltensänderung aus objektiver Sicht die berechtigt erweckten Erwartungen enttäuscht.<sup>14</sup> Die Beschwerdegegnerin darf darauf vertrauen, dass der Beschwerdeführer nach Jahren sein Verhalten nicht mehr ändert und die Tierhaltung weiterhin toleriert. Auch deshalb, da zwischenzeitlich nichts vorgefallen ist, dass die Tierhaltung für den Beschwerdeführer unzumutbar erscheinen lässt. Es sind keine Schäden bekannt, welche durch die Haustiere verursacht wurden. Hätte der Beschwerdeführer aufgrund der Tierhaltung wirklich Angst vor Schäden am Mietobjekt, so hätte er die Kündigung bereits bei der Anschaffung der Haustiere oder zumindest kurz darauf ausgesprochen. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Angst vor Schäden durch die Haustiere

---

<sup>8</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR, N. 3.

<sup>9</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR, N. 5; Higi-ZK, Art. 271 OR, N. 68ff.

<sup>10</sup> Vgl. CALAMO, S. 297.

<sup>11</sup> BGE 106 II 320 E. 3b.

<sup>12</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR N. 29a.

<sup>13</sup> KOLLER, ZBJV 2013, S. 914.

<sup>14</sup> HRUBESCH/ BOSSHARDT, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 03.135.

ist somit unbegründet. Weiter bestand zwischen den Parteien stets ein gutes Verhältnis, das den Schluss auf gegenseitige Rücksichtnahme nahelegt und zusätzliches Vertrauen begründet. Für den Verhaltenswechsel des Beschwerdeführers liegen keine objektiv nachvollziehbaren Gründe vor. Ein über Jahre hinweg geduldetes Verhalten als Kündigungsbegründung zu nennen ist widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich.

Weiter kann die verzögerte Rechtsausübung zur Missbräuchlichkeit der Kündigung führen.<sup>15</sup> Der Beschwerdeführer hat die Kündigung aufgrund Haustierhaltung erst Jahre nach Anschaffung der Selben vorgenommen. Erschwerend kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer beabsichtigt, selbst in das Mietobjekt einzuziehen. Er hat die Kündigung wegen der Verletzung der Hausordnung nicht früher geltend gemacht, weil für ihn erst jetzt der passende Zeitpunkt da ist, um selbst das Mietobjekt zu beziehen, da er sonst bei einer früheren Kündigung mit einem Mietausfall hätte rechnen müssen. Die Beschwerdegegnerin soll erst jetzt das Mietobjekt verlassen müssen und erleidet so einen persönlichen Nachteil. Es liegen daher Umstände vor, die mit der früheren Untätigkeit in einem unvereinbaren Widerspruch stehen.<sup>16</sup> Eine missbräuchliche, verzögerte Rechtsausübung ist zu bejahen.

#### 1.2.2. Unzulässiger Kündigungsgrund des Eigenbedarfs

Als nachgereichtes Kündigungsmotiv wird vom Beschwerdeführer weiter Eigenbedarf vorgebracht. Eine Kündigung aufgrund von Eigenbedarf liegt vor, wenn der Vermieter die Mietsache für eigene Bedürfnisse verwenden möchte.<sup>17</sup> Ein solcher Grund kann nur bejaht werden, wenn er nach den gegebenen Umständen als ernsthaft zu gelten hat.<sup>18</sup> Relativ unerhebliche Vorteile genügen nur in den Fällen, in denen zwischen den Interessen des Vermieters und des Mieters kein erhebliches Missverhältnis besteht.<sup>19</sup> Dabei spielt die Dringlichkeit der Selbstnutzung keine Rolle.<sup>20</sup> Der Beschwerdeführer macht Eigenbedarf geltend, weil er das Mietobjekt selber bewohnen möchte. Er verneint das Vorliegen eines Interessenungleichgewichts. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Beschwerdegegnerin, eine bereits ältere Dame, wohnt seit über 20 Jahren im besagten Mietobjekt. Durch eine Kündigung verliert sie ihr über zwei Jahrzehnte bewohntes Zuhause. Demgegenüber steht das Interesse des Beschwerdeführers auf etwas mehr Komfort. Er unterlässt es aber anzugeben, wie seine bisherigen Wohnverhältnisse aussehen. Ob mehr Komfort für ihn vorliegt, lässt sich nicht mit Sicherheit beurteilen. Es muss somit von einem Interessenungleichgewicht zuungunsten

---

<sup>15</sup> Vgl. HRUBESCH/ BOSSHARDT, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 03.157.

<sup>16</sup> HRUBESCH BOSSHARDT, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 03.157.

<sup>17</sup> M.w.H. SVIT-Kommentar, Art. 271, N. 32.

<sup>18</sup> BGE 99 II 50 E. 2.

<sup>19</sup> CALAMO, S. 306.

<sup>20</sup> CALAMO, S. 306.

der Beschwerdeführerin ausgegangen werden, das eine Kündigung aus Eigenbedarf nicht zu begründen vermag.

### 1.2.3. Unzulässiger Kündigungsgrund der umfassenden Sanierung

Eine Kündigung aufgrund umfassender Umbau- oder Sanierungsarbeiten, welche die Weiterbenutzung des Mietobjekts erheblich einschränken, verstösst nicht gegen Treu und Glauben, wenn die Vornahme der geplanten Arbeiten durch das Verbleiben des Mieters nicht erheblich eingeschränkt wird. Dies setzt voraus, dass der Vermieter im Zeitpunkt der Kündigung des Mietverhältnisses über ein genügend ausgereiftes und ausgearbeitetes Projekt verfügt. Ohne diese Angaben hat der Mieter keine genügende Grundlage, um das Projekt zu überprüfen und seinen Verbleib geltend zu machen.<sup>21</sup>

In casu macht der Beschwerdeführer Renovationsarbeiten als Kündigungsgrund geltend. Er unterlässt es aber, ein ausgereiftes und ausgearbeitetes Projekt vorzulegen und verweist lediglich darauf, dass er der Beschwerdegegnerin aufgrund seiner Erfahrung ausreichend Auskunft geben kann. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer hat bis zu diesem Zeitpunkt keine schriftlichen Unterlagen vorgelegt, um den genauen Umfang festzulegen. Es kann also davon ausgegangen werden, dass zur Zeit der Kündigungsaussprache das angebliche Projekt in einem weit weniger fortgeschrittenen Zustand war. Ein genügend konkretes Vorhaben, das eine Sanierungskündigung rechtfertigen würde, liegt nicht vor. Dieser Kündigungsgrund ist daher treuwidrig.

Im Übrigen werden vor Beginn des jetzigen, bundesgerichtlichen Verfahrens vom Beschwerdeführer neue, zusätzliche Kündigungsgründe vorgebracht. Die Kündigung wird zusätzlich mit Renovationsarbeiten und Eigenbedarf begründet. Die nachgereichten Gründe dürfen vor Bundesgericht nicht zugelassen werden. Eine Zulassung neuer Gründe, welche zu diesem Verfahrensstadium vorgebracht werden, führt dazu, dass die Beschwerdegegnerin ihre Erfolgchancen kaum mehr vernünftig abschätzen konnte.<sup>22</sup> Der Beschwerdeführer soll an seiner bisherigen Begründung gebunden bleiben.<sup>23</sup>

### 1.2.4. Zusammenfassendes Zwischenfazit

Beim Vorliegen mehrerer Kündigungsgründe muss eine Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. Sollten vorgebrachte Gründe z.T. treuwidrig und legitim sein, muss betreffend Gültigkeit die gesamte Kündigung an sich betrachtet werden.<sup>24</sup> Der Beschwerdeführer wollte das Mietobjekt für sich nutzen, hat aber aus einem Grund gekündigt, den er zu lange toleriert hat. Weiter reichte er erst zu einem äusserst späten Verfahrensstadium die Kündigungsgründe nach, was stark auf einen

---

<sup>21</sup> BGE 142 III 91 E. 3.2.1.

<sup>22</sup> KOLLER, ZBJV 2013, S. 913.

<sup>23</sup> BGer 4C\_131/2003 vom 6. August 2003 E. 3.1; KOLLER, ZBJV 2013, S. 914.

<sup>24</sup> Vgl. WEBER-BSK OR I, Art. 271/271a OR, N. 29a.

Rechtsmissbrauch hindeutet.<sup>25</sup> Berücksichtigt man noch, dass der Rechtsmissbrauch nach Art. 271 Abs. 1 OR kein Offensichtlicher<sup>26</sup> sein muss, so hat die ausgesprochene Kündigung wegen ihrer Gründe als rechtsmissbräuchlich zu gelten. Die Kündigung wurde somit gültig angefochten und ist aufzuheben.

## **2. Mietzinserhöhungen und Rückzahlung des Differenzbetrages**

Es wird dargelegt, wie die vom Beschwerdeführer geforderte Gültigkeit der Mietzinserhöhungen und die Ablehnung der Rückzahlung eines Mietzinsdifferenzbetrages nicht zutreffen. Weiter ist am zweitinstanzlichen Urteil festzuhalten im Sinne einer Festlegung des Mietzinses auf CHF 9'700.--.

### **2.1. Fehlende Voraussetzungen des Begriffs «Luxuswohnung» (Art. 253b Abs. 2 OR)**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass es sich beim Mietobjekt um ein Luxusobjekt i.S.v. Art. 253b Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 VMWG<sup>27</sup> handelt, weshalb die Bestimmungen von Art. 269 OR bis Art. 270e OR nicht angewendet werden können. Von der Beschwerdegegnerin wird vorliegend bestritten, dass es sich um eine solche Luxuswohnung nach den erwähnten Bestimmungen handelt. Wie der Beschwerdeführer dabei richtig festhält, bedarf es einem quantitativen und einem qualitativen Element, die beide kumulativ erfüllt sein müssen, um von einer Luxuswohnung auszugehen.<sup>28</sup>

Für das Vorliegen des quantitativen Elements bedarf es gem. Art. 253b Abs. 2 OR und Art. 2 Abs. 1 VMWG einer Wohnung oder einem Einfamilienhaus mit sechs oder mehr Wohnräumen.<sup>29</sup> Diese müssen Wohneinheiten darstellen.<sup>30</sup> In casu bewohnt die Beschwerdegegnerin ausschliesslich die Villa und benutzt das Nebengebäude als Gästehaus. Die Villa für sich alleine reicht anhand der Zimmeranzahl nicht aus, um von einem Luxusobjekt auszugehen, da die geforderte Mindestanzahl von sechs Zimmer nicht erreicht wird. Auch wenn ein Mietvertrag über beide Gebäude und den Garten geschlossen wurde, kann hier nicht von einer Wohneinheit ausgegangen werden. Bestes Beispiel hierfür ist, dass in der Juli-Ausgabe 2012 des Magazins «Schöner Wohnen» nicht das ganze Mietobjekt gezeigt wurde, sondern nur das Nebengebäude alleine. Es besteht auch keine bauliche Verbindung zwischen den beiden Gebäuden, womit diese als jeweils eigenständig Objekte betrachtet werden müssen. Richtig ist es daher zu sagen, dass man vorliegend nicht von einer Wohneinheit, bestehend aus Villa und Nebenhaus, ausgeht. Dies führt dazu, dass das quantitative Element nicht erfüllt ist, da weder die Villa noch das Nebenhaus alleine betrachtet über mehr als sechs Zimmer verfügen.

---

<sup>25</sup> KOLLER, ZBJV 2013, S. 914.

<sup>26</sup> HRUBESCH/ BOSSHARDT, N. 03.08; HIGI-ZK, Art. 271 OR, N. 56.

<sup>27</sup> Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11).

<sup>28</sup> LACHAT-CR CO I, Art. 253b CO, N. 5.

<sup>29</sup> WEBER-BSK OR I, 253a/253b OR, N 7.

<sup>30</sup> SVIT-Kommentar, Art. 253b OR, N. 10.

Ebenso sind als Wohnräume i.S.d. quantitativen Elements nur Räume bzw. Zimmer anrechenbar, in denen effektiv gewohnt werden kann.<sup>31</sup> Nun beträgt zwar die kumulierte Anzahl Räume des Mietobjekts nach Aktenangabe 7.5 Räume, aber es ist daran zu denken, dass die Beschwerdegegnerin nicht beide Gebäude des Grundstücks gleichzeitig im Sinne eines Wohnzwecks gebrauchen kann, da es sich bei einem der Gebäude um ein Gästehaus handelt. Demnach kann die Beschwerdegegnerin ein Gebäude für Wohnzwecke gebrauchen, aber das Andere wird immer bestimmungsgemäss als Gästehaus zu gelten haben. Es wäre in diesen Zusammenhang richtig, dass die Beschwerdegegnerin auch im Gästehaus wohnen könnte, aber dann geht das Wohnen in der Villa unter. Daraus ergibt sich, dass nicht von einem effektiven Wohnen die Rede sein kann, wie das per Definition gefordert ist. Es ist anzuerkennen, dass quantitativ ein Gebäude mit 5 Räumen existiert, wo effektiv gewohnt werden kann und nebenher ein Anderes mit 2.5 Räumen existiert, wobei aber ein effektives Wohnen in beiden Gebäuden zur gleichen Zeit schlicht unmöglich ist. Weder die Villa noch das Nebengebäude erreichen die geforderten sechs Wohnräume. Dies würde auch der vom Beschwerdeführer verlangten, objektiven Betrachtung entsprechen. Ebenfalls ist es fraglich, inwiefern der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Umstand der Wohnfläche vorliegend zielführend sein soll. Seine Ausführungen zur Wohnfläche beziehen sich doch nur um eine mögliche Variante zur jetzt gültigen Fassung des Obligationenrechts. Er bezieht sich nämlich auf eine Botschaft, deren Aussagen aber z.T. niemals in das Mietrecht Eingang fanden.<sup>32</sup>

Selbst falls das quantitative Element erfüllt ist, ist das qualitative Element «Luxus» vorliegend nicht gegeben. Das qualitative Element muss zudem eng ausgelegt werden.<sup>33</sup> Der entscheidende Zeitpunkt ist die Mietzinsanpassung, bei welcher der Gesamteindruck des Mietobjekts ausschlaggebend ist.<sup>34</sup> Dabei muss der Komfort, der das Mietobjekt bietet, deutlich über dem üblichen Mass liegen.<sup>35</sup> Es muss «un confort et un raffinement certains, hors du commun»<sup>36</sup> vorliegen. Zu beachten ist weiter, dass der Charakter als Luxusobjekt nachträglich wieder entfallen kann, wenn sich herausstellt, dass das einst exklusive Element zum gewöhnlichen Ausbaustandard geworden ist.<sup>37</sup> Weiter ist es nicht ausreichend, wenn nur ein Luxusmerkmal vorliegt, vielmehr ist der Gesamteindruck der Wohneinheit zu beachten.<sup>38</sup> In casu können einige Elemente durchaus als luxuriös gelten, wie z.B. das Cheminée des Nebenhauses,<sup>39</sup> jedoch lässt sich daraus nicht auf einen luxuriösen Gesamteindruck schliessen. Auch wird damit alleine nicht ein Komfort erreicht, der das übliche

---

<sup>31</sup> SVIT-Kommentar, Art. 253b OR, N. 10.

<sup>32</sup> Botschaft des Schweizerischen Bundesrates an die Bundesversammlung vom 12. Dezember 2008 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2009 347 ff., Ziff. 2.2.1.

<sup>33</sup> LACHAT/PÜNTENER, N. 4/4. 2. 6; BGer 4C\_5/2004 vom 16.3.2009 E. 4.2.

<sup>34</sup> WEBER-BSK OR I, 253a/253b OR, N 7.

<sup>35</sup> WEBER-BSK OR I, 253a/253b OR, N 7; SVIT-Kommentar, Art. 253b OR, N.12.

<sup>36</sup> LACHAT-CR CO I, Art. 253b CO, N. 12.

<sup>37</sup> WEBER-BSK OR I, 253a/253b OR, N 7.

<sup>38</sup> SVIT-Kommentar, Art. 253b OR, N. 11; LACHAT, le bail à loyer, N. 4/4.2.6.

<sup>39</sup> HIGI-ZK, Art. 253a-253b OR, N. 76.

Mass deutlich übersteigt, denn der Verbau eines Haustechniksystems, das eine elektrische Steuerung der Raumtemperatur, der Rollläden und Fenster mit sich bringt, übersteigt das übliche Mass nicht deutlich genug, um von einem Luxusobjekt zu sprechen.<sup>40</sup> Weiter lässt nur moderne Ausstattung auf das Element «Luxus» schliessen.<sup>41</sup> In casu ist es aber so, dass die Beschwerdegegnerin das Heimkino der Villa nur mit VHS Videokassetten betreiben kann, die allerdings nicht mehr produziert werden.<sup>42</sup>

Aufgrund des Gesagten kann in casu nicht von einem Luxusobjekt ausgegangen werden, was zur Folge hat, dass die Bestimmungen von Art. 269 OR bis Art. 270e OR und Art. 10 bis Art. 20 VMWG angewendet werden können. Das heisst, dass keine Ausnahme gem. Art. 253b Abs. 2 OR einschlägig ist. Die Mietzinsanpassungen unterliegen daher grundsätzlich den besonderen, gesetzlichen Bestimmungen des Mietrechts und vor allem den Regelungen betreffend Nichtigkeit und Anfechtung der Mietzinserhöhungen gem. Art. 253ff. OR.

## 2.2. Unzulässigkeit der Mietzinserhöhungen

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Mietzinserhöhungen in casu nichtig sind. Dies vor allem bezüglich Art. 269d Abs. 2 OR und den Anforderungen an einen Abänderungsvertrag.

### 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR)

Die Nichtigkeit einer einseitigen Mietzinserhöhung ist gem. Art. 269d Abs. 2 lit. a. OR gegeben, wenn die Erhöhung nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitgeteilt wurde. Die Bestimmung des erwähnten Artikels ist als zwingend zu Gunsten des Mieters anzusehen.<sup>43</sup> Weiter ist eine mündlich mitgeteilte Mietzinserhöhung oder eine Mietzinserhöhung in Form eines einfachen Briefes nichtig.<sup>44</sup> In diesem Sinne verlangt Art. 269d OR eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit.<sup>45</sup>

Die erste Mietzinserhöhung von CHF 10'000.-- auf CHF 12'000.-- vom 1. September 1992 ist als nichtig zu erachten. Das heisst, dass die Voraussetzungen gem. Art. 269ff. OR betreffend Mietzinserhöhungen und anderen einseitigen Vertragsänderungen durch den Mieter nicht erfüllt sind. Falls es sich vorliegend ergeben sollte, dass ein amtliches Formular i.S.v. Art. 269d Abs. 1 OR nicht in den Akten enthalten ist, so ist diesbezüglich die Nichtigkeit der Mietzinserhöhung gem. Art. 269d Abs. 2 OR anzunehmen. Bezüglich der Rechtsmissbräuchlichkeit kann einzig aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin den Mietzins während langer Zeit vorbehaltlos bezahlte,

---

<sup>40</sup> HIGI-ZK, Art. 253a-253b OR, N. 76.

<sup>41</sup> BLASER PATRICK, Le logement de luxe (Art. 253b al. 2 CO), Luxusobjekt (Art. 253b al. 2 CO), Cahiers du bail 2004, S. 71.

<sup>42</sup> <<http://articles.latimes.com/2008/dec/22/entertainment/et-vhs-tapes22>> (zuletzt besucht am 4. November 2016).

<sup>43</sup> LACHAT-CR CO I, Art. 269-270e CO, N. 6; vgl. RONCORONI, mp 2/2006, S. 93.

<sup>44</sup> LACHAT/DÖRFLINGER, N. 17/3. 2. 1.

<sup>45</sup> PERMANN-OFK, Art. 269d OR, N. 1.

noch kein Rechtsmissbrauch abgeleitet werden.<sup>46</sup> Dieser liegt nur dann vor, wenn gem. Art. 2 Abs. 2 ZGB ein Recht offenbar missbraucht wird und daher kein Rechtsschutz vergeben werden darf.

Im Übrigen, falls sich aus den Akten ergeben sollte, dass bei der ersten Mietzinserhöhung ein entsprechendes, amtliches Formular verwendet wurde, darf aufgrund der absolut zwingenden Bestimmung von Art. 269d OR nicht auf eine genügende Rechtsbelehrung geschlossen werden. Von einer Verwendung eines Formulars kann nicht ohne Weiteres abgesehen werden, da dies dem Schutzzweck von Art. 269d OR widerspricht.<sup>47</sup> Zu beachten ist, dass das Verhalten der Beschwerdegegnerin nicht einfach so als Zustimmung zur Vertragsänderung angesehen werden kann, nur weil sie den erhöhten Mietzins vorbehaltlos weiterbezahlte. Weiter kann auch nicht von Rechtsmissbrauch die Rede sein, wenn sich die Beschwerdegegnerin auf Formmängel beruft. Im Grundsatz verhält es sich nämlich so, dass eine Berufung auf Formmängel nur rechtsmissbräuchlich i.S.d. Art. 2 Abs. 2 ZGB sein kann, wenn das Ganze auf einen späteren Nutzen abzielt für denjenigen, der den Formmangel geltend machen will.<sup>48</sup>

Weiter ist hier noch darzulegen, dass auch die zweite Mietzinserhöhung von CHF 12'000.-- auf CHF 13'000.-- vom 1. April 2011 unhaltbar ist. Dies, weil auch sie nichtig ist.

Bezüglich den Voraussetzungen der Nichtigkeit kann hier auf oben<sup>49</sup> verwiesen werden. In casu wurde die zweite Mietzinserhöhung der Beschwerdegegnerin mittels einfachem Brief angekündigt. Mit dem Versenden eines einfachen Briefes wurde dem Erfordernis der qualifizierten Schriftlichkeit nicht gebührend Rechnung getragen, was dazu führt, dass eine einseitige Mietzinserhöhung nach den Bestimmungen von Art. 269d OR ausgeschlossen ist. Es ist deshalb für die zweite Mietzinserhöhung Nichtigkeit anzunehmen.

### 2.2.2. Abänderung mittels Konsens

Im Weiteren ist nebst der einseitigen Anpassung auch eine konsensuale Anpassung unter gewissen Voraussetzungen möglich.<sup>50</sup> Deshalb wird im Übrigen hier noch dargelegt, inwiefern es zu keiner konsensualen Absprache zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin bezüglich den Mietzinserhöhungen gekommen ist. Wichtig ist, dass nicht automatisch auf die Voraussetzungen gem. Art. 269ff. OR verzichtet werden kann.<sup>51</sup> Da es sich bei Art. 269d OR um eine zwingende Bestimmung handelt, kann Nichtigkeit auch bei der konsensualen Abrede angenommen werden bei Nichtvorliegen eines entsprechenden Formulars.<sup>52</sup> Falls davon ausgegangen wird, dass bei der

---

<sup>46</sup> BGE 138 III 401 E. 2.3.3; BGer 4A\_168/2014 vom 30. Oktober 2014 E. 3.2.4.

<sup>47</sup> Vgl. RONCORONI, mp 2/2006, S. 69ff.

<sup>48</sup> BGE 113 II 187 S. 189 E. 1b.

<sup>49</sup> 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR).

<sup>50</sup> PERMANN-OFK Kommentar Art. 269d OR, N 7.

<sup>51</sup> BGE 123 III 70 E. 3b; vgl. BGer 4A\_198/2008 vom 7. Juli 2008 E. 3.1.

<sup>52</sup> Ähnlich RONCORONI, mp 2/2006, S 69ff.

konsensualen Abrede auf das amtliche Formular verzichtet werden kann, sind dennoch gewisse Voraussetzungen zu beachten. Auf das Erfordernis des Formulars gem. Art. 269d OR kann nur verzichtet werden, wenn sich das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung nicht einseitig zu Lasten der Beschwerdegegnerin verschiebt,<sup>53</sup> die Beschwerdegegnerin bewusst auf ihre Rechte zur Anfechtung verzichtet hat, darüber in Kenntnis gesetzt wurde und nicht unter Kündigungsdruck steht.<sup>54</sup> Diese Voraussetzung der Informationspflicht der Beschwerdegegnerin kann dabei auch anderweitig als mit dem Formular erfolgen, solange sie überhaupt erfolgt.<sup>55</sup> Der Nachweis aller genannten Voraussetzungen obliegt dem Beschwerdeführer.<sup>56</sup> Zu erwähnen bleibt noch, dass eine etwaige Weiterbezahlung der erhöhten Mietzinse alleine nicht als gültige Vertragsänderung angesehen werden kann.<sup>57</sup>

Da vorliegend nicht aus den Akten entnommen werden kann, ob bei der ersten Mietzinserhöhung vom 1. September 1992 ein amtliches Formular verwendet wurde, kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin genügend rechtsbelehrt ist. Das heisst, dass die Beschwerdegegnerin nicht oder nicht genügend über ihre Anfechtungsmöglichkeiten aufgeklärt wurde. Im Weiteren würde sowieso die Beweislast für das Vorhandensein dieser Tatsache, wie gerade erwähnt, dem Vermieter, also in diesem Falle dem Beschwerdeführer, obliegen. Weiter ist das vorbehaltlose Weiterbezahlen des vom Beschwerdeführer geforderten Mietzinses durch die Beschwerdegegnerin nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, wie das bereits genannt wurde<sup>58</sup>.

Für die zweite Mietzinserhöhung gilt das eben vorhin Erwähnte<sup>59</sup>, was bedeutet, dass die Beschwerdegegnerin nicht genügend rechtsbelehrt wurde und dass auch in diesem Falle der Beschwerdeführer die Beweislast für die genügende Aufklärung zu erbringen hat. Auch hier ist in der Weiterbezahlung der zweiten Mietzinserhöhung durch die Beschwerdegegnerin ist kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erkennen, wie das bereits genannt wurde.<sup>60</sup>

### 2.3. Reduktion des Mietzinses auf CHF 9'700.-- monatlich

Es wird dargelegt, weshalb der Nettomietzins monatlich auf CHF 9'700.-- zu reduzieren ist.

Die allgemeinen Voraussetzungen hierfür ergeben sich aus Art. 259a Abs. 1 OR, der auf die verschiedenen Möglichkeiten des Mieters hinweist. Gem. Art. 259a Abs. 1 lit. b OR kann der Mietzins herabgesetzt werden, falls Mängel die der Mieter nicht zu verantworten hat vorliegen, oder wenn

---

<sup>53</sup> SVIT-Kommentar, Art. 269d OR N. 15.

<sup>54</sup> MARCHAND SYLVAIN, Bohnet/Montini (Éditeurs), Commentaire pratique, Droit du bail à loyer, Bâle 2010 Art. 269d CO, N. 6; BGer 4A\_198/2008 vom 7. Juli 2008 E. 3.1.

<sup>55</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 269d OR, N. 7.

<sup>56</sup> PERMANN-OFK, Art. 269d OR, N. 3.

<sup>57</sup> BGer 4C\_134/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 3; PERMANN-OFK, Art. 269d OR, N. 3.

<sup>58</sup> 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR).

<sup>59</sup> 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR).

<sup>60</sup> 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR).

der Mieter in seinem vertragsgemässen Gebrauch gestört wird. Art. 259a OR kommt dabei keine selbständige Bedeutung zu, da dieser nur die Rechtsbehelfe der Art. 259b bis Art. 259i OR zusammenfasst.<sup>61</sup> Der Normzweck ist daher programmatischer Natur.<sup>62</sup> Der Begriff des vereinbarten Gebrauchs ergibt sich zunächst nach dem Wortlaut des Vertrages. Mietverträge beinhalten aber selten eine klare Beschreibung des Mietzwecks.<sup>63</sup> Liegt keine genaue Zweckbestimmung im Mietvertrag vor, kommt es zu einer objektiven Würdigung aller konkreten Umstände des vorliegenden Falls, aufgrund welcher dann der vereinbarte Gebrauch festgelegt wird.<sup>64</sup>

Als Mangel i.S.d. Gesetzes wird alles angesehen, was für den vorausgesetzten Gebrauch nicht als tauglich zu erachten ist.<sup>65</sup> Für das Vorliegen eines Mangels ist der Vergleich des vereinbarten Zustandes mit dem tatsächlichen Zustand relevant.<sup>66</sup> Die Störung des vertragsgemässen Gebrauchs wird dem Mangel gleichgestellt.<sup>67</sup> Die Rechtsbehelfe, die Art. 259a OR aufzählt, können nebeneinander angewendet werden und sich nicht gegenseitig ausschliessen.<sup>68</sup> Art. 259d OR gewährt dem Mieter einen Minderungsanspruch, sofern dieser in der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch der Sache beeinträchtigt oder gemindert wird. Leitgedanke dieser Norm ist, dass der Mieter nicht die volle Leistung erbringen muss, wenn der Vermieter seiner Leistungspflicht nicht vollumfänglich nachkommt.<sup>69</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss mindestens ein mittelschwerer Mangel vorliegen, um von einer Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung des Vermieters auszugehen.<sup>70</sup> Ein Mangel mittlerer Bedeutung liegt vor, wenn der vereinbarte Gebrauch eingeschränkt wird, ohne dass dieser jedoch ausgeschlossen oder wesentlich beeinträchtigt wird.<sup>71</sup> Im Falle eines mittelschweren Mangels kann es zu einer Mietzinsreduktion kommen, wenn der Gebrauch des Mietobjekts im Umfang von 5% eingeschränkt ist oder wenn ein «leichter Mangel»<sup>72</sup> vorliegt, welcher dem Vermieter mitgeteilt wurde, jedoch von diesem während längerer Zeit nicht behoben wird.<sup>73</sup> Diese Voraussetzungen gelten für alle Arten der Mängel und sind nicht auf ästhetische Mängel beschränkt.<sup>74</sup> Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, sieht

---

<sup>61</sup> BLUMER MAJA, Schweizerisches Privatrecht, VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Basel 2012, N. 744.

<sup>62</sup> GIGER-BK Art. 259a OR, N. 5; HIGI-ZK, Art. 259a OR, N. 5.

<sup>63</sup> LACHAT/ROY, N. 9/1.2.

<sup>64</sup> LACHAT/ROY, N. 9/1.2.

<sup>65</sup> LACHAT/ROY, N. 9/1.2.

<sup>66</sup> LACHAT/ROY, N. 9/1.2.

<sup>67</sup> HIGI-ZK, Art. 259a OR, N. 7.

<sup>68</sup> WEBER-BSK, OR I, Art 259a OR, N. 1a.

<sup>69</sup> GIGER-BK, Art. 259d OR, N. 6.

<sup>70</sup> BGer 4C\_97/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 3. 3; LACHAT-CR CO I, Art. 259d CO, N. 1.

<sup>71</sup> LACHAT-CR CO I, Art. 258 CO, N. 7.

<sup>72</sup> WICHSER, SJZ 89/1993, S. 247f.

<sup>73</sup> BGer 4C\_97/2003 vom 28 Oktober 2003 E. 3.3.

<sup>74</sup> FUTTERLIEB RAOL, Urteil des BGer 4A\_43/2009 vom 1. April 2009 (Originaltext französisch, ins Deutsche übersetzt durch den Kommentator) (BGE 135 III 345), MRA 4/09, S. 133.

das Gesetz die Möglichkeit einer verhältnismässigen Herabsetzung des Mietzinses vor.<sup>75</sup> Die Herabsetzung wirkt ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Mangels durch den Vermieter.<sup>76</sup> Der Mieter hat gem. Art. 259 OR kleine Ausbesserungen selbst vorzunehmen.<sup>77</sup> Das Gesetz nennt dafür keinen Grenzwert. Dieser wird jedoch zwischen CHF 150.-- und CHF 200.-- liegen.<sup>78</sup> Art. 259d OR setzt weder einen Schaden, noch ein Verschulden des Vermieters voraus.<sup>79</sup> Auch darf der Mangel nicht vom Mieter zu verantworten sein.<sup>80</sup>

Wie oben einleitend erwähnt<sup>81</sup>, besteht zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer ein Mietverhältnis, welches am 15. Juni 1990 geschlossen wurde. Aus dem Mietverhältnis ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin das Mietobjekt zu Wohnzwecken nutzt. Die Villa besteht dabei aus 5 Zimmern. Im Jahre 1992 wurde das Hauptgebäude vollumfänglich renoviert und mit einem Audio System Hi-Fi inkl. Jukebox und Heimkino, das nur mittels VHS Videokassetten funktioniert, versehen. Es ist hierbei eine Herabsetzung des Mietzinses anzustreben, da das Heimkino ausschliesslich mittels VHS betrieben werden kann und somit die Beschwerdeführerin in der Nutzung der Ausstattung eingeschränkt ist. Sie kann die Räumlichkeit des Heimkinos, die ihr eigentlich zur Verfügung stehen würde, nicht dem Zwecke nach gebrauchen. Dies vor allem da im Jahre 2006 der letzte Hollywood-Film auf VHS erschienen ist<sup>82</sup> und sich das Angebot von da an nicht weiter vergrössert, sondern im Gegenteil verkleinert hat. Die abnehmende Verfügbarkeit von VHS-Kassetten hat also faktische Auswirkungen auf die Möglichkeit des Gebrauchs des Heimkinos. Diese Verminderung der Gebrauchsmöglichkeit sorgt dafür, dass eine Räumlichkeit im Haupthaus nicht mehr zweckgemäss benutzt werden kann, weswegen damit die geforderten 5% Einschränkung des Mietobjekts vorliegen. Erwähnenswert ist hier, dass ein hoher Mietzins immer auch einer hervorragenden Qualität entsprechen sollte.<sup>83</sup> Vorliegend macht die Beschwerdegegnerin eine Mietzinsherabsetzung von 2,31% gegenüber dem anfänglichen Mietzins von CHF 10'000.-- pro Monat geltend. Wichtig sind dabei die Ausführungen betreffend der Herabsetzung in Prozenten zum Mietzins bei anderen mangelhaften Fällen.<sup>84</sup> Daraus kann nämlich gefolgert werden, dass eine Herabsetzung im Umfange von 2,31% zulässig ist, da bereits Schönheitsmängel

---

<sup>75</sup> ZÜST MARTIN, Kasuistik zur Mietzinsherabsetzung bei Mängeln, mp 2/2004 S. 69ff, S. 70.

<sup>76</sup> ZÜST MARTIN, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 161, N. 283.

<sup>77</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 259d OR, N. 2.

<sup>78</sup> WICHSER, SJZ 89/1993, S. 247.

<sup>79</sup> SVIT-Kommentar, Art. 259d OR, N. 3.

<sup>80</sup> SVIT-Kommentar, Art. 259d OR, N. 3.

<sup>81</sup> 1. Ungültigkeit der Kündigung des Beschwerdeführers.

<sup>82</sup> <[http://www.gamestar.de/hardware/news/1952509/leb\\_wohl\\_vhs.html](http://www.gamestar.de/hardware/news/1952509/leb_wohl_vhs.html)> (zuletzt besucht am 4. November 2016).

<sup>83</sup> LACHAT/ROY, N. 9/1.2.

<sup>84</sup> PERMANN-OFK, Art. 259d OR, S. 121ff.

einen solchen Prozentsatz zu rechtfertigen vermögen.<sup>85</sup> Nach dem Gesagten ist der von der Beschwerdegegnerin geforderten Mietzinsherabsetzung i.S.v. Art. 259d OR stattzugeben.

#### 2.4. Gültigkeit des Herabsetzungsverfahrens (Art. 270a OR)

Folgend wird dargelegt, weshalb dem Herabsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin i.S.v. Art. 270a OR stattzugeben ist.

Der Mieter ist nach Art. 720a OR zur Anfechtung des Mietzinses berechtigt, falls er den Mietzins aufgrund einer wesentlichen Änderung als übersetzt und somit als rechtsmissbräuchlich erachtet. Die wesentliche Änderung kann dabei in der Veränderung des Hypothekarzinssatzes liegen.<sup>86</sup> Jede Veränderung von über 0,25% gilt als wesentlich.<sup>87</sup> Wenn der Mieter Grund zur Annahme hat, dass der Vermieter damit einen Ertrag generiert, welcher rechtsmissbräuchlich ist i.S.v. Art. 269 OR und Art. 269a OR, kann er den Mietzins anfechten.<sup>88</sup> Die Herabsetzung beurteilt sich nach der relativen Methode.<sup>89</sup> Die Beweislast etwaiger Anpassungsgründe, welche für ein Herabsetzungsbegehren sprechen, obliegt dem Mieter.<sup>90</sup> Sobald diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann auf das Verfahren in Art. 270a Abs. 2 und 3 OR eingegangen werden.<sup>91</sup> Nach Art. 270a Abs. 2 OR kann der Mieter ein Gesuch um Herabsetzung des Mietzinses an den Vermieter stellen, welcher innert 30 Tagen darauf antworten kann. Tut er dies nicht, kann der Vermieter innert 30 Tagen die Schlichtungsstelle anrufen. Von diesen Erfordernissen kann abgesehen werden, wenn der Vermieter von Beginn an durchblicken lässt, dass er nicht bereit ist, den Mietzins zu senken.<sup>92</sup>

Vorliegend war der Referenzzinssatz 6% bei Mietantritt am 15. Juni 1990, während sich dieser zum Zeitpunkt des Herabsetzungsbegehrens bei 2% befand.<sup>93</sup> Somit besteht eine Differenz von 4%. Dies weist auf eine wesentliche Veränderung hin. Der Referenzzinssatz ist eine notorische Tatsache, die nicht von der Beschwerdegegnerin bewiesen werden muss.<sup>94</sup> Ausschlaggebend für die relative Methode ist, ob der Mietzins seit der letzten Festlegung missbräuchlich geworden ist. Dies beurteilt sich anhand der Gründe, die von den Parteien vorgebracht wurden.<sup>95</sup>

Auf das Vorverfahren kann also verzichtet werden, weil der Beschwerdeführer vor dem Gang zur Schlichtungsstelle kundgetan hat, dass die Höhe der Mietzinse nicht zu beanstanden ist. Es liegt

---

<sup>85</sup> PERMANN-OFK, Art. 259d OR, S. 122f.

<sup>86</sup> PERMANN-OFK, Art. 270a OR, N. 2.

<sup>87</sup> SVIT-Kommentar, Art. 270a OR, N. 4.

<sup>88</sup> HIGI-ZK, Art. 270a, N. 43.

<sup>89</sup> BGer 4C\_34/2007 vom 28. April 2007 E. 3.1.1.

<sup>90</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, N. 21/5.5.2.

<sup>91</sup> HIGI-ZK, Art. 270a OR, N. 4.

<sup>92</sup> HIGI-ZK, Art. 270a OR, N.7; vgl. BGE 121 III 266 E. 2a.

<sup>93</sup> <<http://www.mietrecht.ch>> => Hypo-Referenzzins => Genf > (zuletzt besucht am 4. November 2016).

<sup>94</sup> LACHAT/DÖRFLINGER, N. 17/4.3.13.

<sup>95</sup> LACHAT/BRUTSCHIN, N. 19/3.1.7.

beim Beschwerdeführer klar keine Bereitschaft zur Mietzinsherabsetzung vor. Daher ist dem Herabsetzungsbegehren der Beschwerdegegnerin Folge zu leisten.

#### 2.5. Eventualiter: Fehlender Konsens betreffend etwaiger Abänderungsverträge

Eventualiter, wenn das Gericht das Mietobjekt als Luxusobjekt qualifiziert, so ist keine gültige Parteivereinbarung zustande gekommen.

Bei Vorliegen eines Luxusobjektes i.S.d. Art. 253b Abs. 2 OR sind grundsätzlich die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar unter Ausschluss der Art. 269 bis Art. 270e OR.<sup>96</sup> Wie der Beschwerdeführer richtig in seinen Ausführungen erwähnt, kann es, falls die Qualität des Mietobjekts als Luxuswohnung bejaht wird, nur im Rahmen eines Abänderungsvertrages zu einer Anpassung der Mietzinshöhe kommen. Allerdings muss darüber Konsens bestehen. Das heisst, dass jede Vertragsänderung einer konsensualen Grundlage bedarf.<sup>97</sup> Für eine Parteivereinbarung bedarf es Konsens gem. Art. 1 Abs. 1 OR, da die Regeln des allgemeinen Teils des OR zum Tragen kommen. Konsens liegt gem. Art. 1 Abs. 1 OR vor, wenn ausdrücklich oder stillschweigend übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen erfolgen. Konsens kann des Weiteren durch tatsächlich übereinstimmend verstandene oder nach dem Vertrauensprinzip übereinstimmend zu verstehende Willenserklärungen entstehen.<sup>98</sup> Das heisst, dass ein tatsächlicher Konsens dabei nur vorliegen kann, wenn sich die Parteien übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben.<sup>99</sup> Bei einem normativen Konsens wird die Erklärung dem Erklärenden entgegen seinem Willen nach vertrauensrechtlichen Grundsätzen normativ zugerechnet.<sup>100</sup> Beide Formen des Konsenses führen im Ergebnis zu einer Parteivereinbarung. Zu beachten ist noch die Konstellation, wonach sich die Parteien zwar übereinstimmend geäussert haben, sich aber danach abweichend verstanden haben. Dann liegt ein versteckter Dissens vor. Dieser führt nur zum Vertragsabschluss, wenn eine Partei nach dem Vertrauensprinzip in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die Andere auf ihre Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist.<sup>101</sup> Das Vertrauensprinzip besagt, dass der objektive Sinn einer Parteierklärung ermittelt werden muss, wenn eine Partei die Erklärung der Gegenpartei nicht richtig verstanden hat. Die Erklärung ist dann so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.<sup>102</sup>

---

<sup>96</sup> HIGI-ZK, Vorbemerkungen zu Art. 269-270e OR, N. 75ff.

<sup>97</sup> BGer vom 28. März 1995, in MRA 5/95, S. 256ff., E. 2b.

<sup>98</sup> BGE 129 III 320 E. 6.2.

<sup>99</sup> BGer 5C\_17/2002 vom 26. August 2002 E. 1.1; KUT-CHK, Art. 1 OR, N. 24.

<sup>100</sup> KRAMER/SCHMIDLIN-BK, Art. 1 OR, N. 44.

<sup>101</sup> BGE 123 III 35 E. 2.b; KUT-CHK, Art. 1 OR, N. 27.

<sup>102</sup> BGer 4C\_437/2006 vom 13. März 2007 E. 2.3; KUT-CHK, Art. 1 OR, N. 25.

In casu ist nun fraglich, ob ein tatsächlicher oder normativer Konsens oder sogar Dissens zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin bezüglich den jeweiligen Mietzinserhöhungen vorliegt. Der Beschwerdeführer führt an, dass die konsensuale Grundlage unbestritten bestanden haben müsste. Vorliegend ist es so, dass der Beschwerdeführer mit der Beschwerdegegnerin einen herzlichen Umgang pflegte und diese den Mietzins vorbehaltlos bezahlte. Aber aus diesen vom Beschwerdeführer aufgeführten Umständen alleine, lässt sich noch nicht auf das Vorhandensein eines Konsenses schliessen. Vielmehr gestaltet es sich vorliegend so, dass der Beschwerdegegner in Hinblick auf das Vorhandensein der Luxuswohnungs-Qualität stets von einer konsensualen und deswegen formfreien Erhöhung der Mietzinse ausging, währenddessen von Seiten der Beschwerdegegnerin eine einseitige Vertragsanpassung erwartet wurde. Diese Erkenntnis kann alleine nicht ausschlaggebend sein, aber sie bietet einen starken Hinweis, wie es sich bezüglich der abweichenden Willen der Parteien und ihren Erklärungen verhält. Wollte sich nämlich der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den jeweiligen Mietzinserhöhungen konsensual verhalten, mehr im Sinne einer Absprache, denn im Sinne einer einseitigen Vertragsänderung, vertraute die Beschwerdegegnerin zwischenzeitlich auf die Anwendung der Mieterschutzbestimmungen des Mietrechts. Dies lässt sich vor allem betreffend den jeweiligen Mitteilungen des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin festmachen, wo sich der Beschwerdeführer einem einfachen Brief bediente. Das Gesagte bedeutet, dass nicht von einem tatsächlichen Konsens ausgegangen werden kann, sondern von einem versteckten Dissens, da beide Parteien sich übereinstimmend verstanden, aber sich dennoch nicht geeinigt haben. Die Parteien waren sich bei Vertragsabschluss ihrer mangelnden Willenserklärungen nicht bewusst, sodass sie den Vertrag fälschlicherweise für als einvernehmlich geschlossen halten.<sup>103</sup> In diesem Sinne ist daran festzuhalten, dass zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin keine einvernehmliche Einigung über die Mietzinserhöhung auf Basis eines tatsächlichen oder normativen Konsenses zustande gekommen ist. Dem Beschwerdeführer ist der Vorwurf zu machen, dass er sich in den erwähnten Punkten deutlicher hätte ausdrücken müssen, da die Erklärungen zwar äusserlich übereinstimmen, diese Übereinstimmungen aber nur eine Scheinbare sind.<sup>104</sup> Eine Abänderung auf konsensualer Grundlage kommt somit nicht zustande.

## 2.6. Rückforderung aus unstatthaften Mietzinserhöhungen und Herabsetzung des Mietzinses

Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, dass etwaige Ansprüche verjährt sind. Dies ist für ihn vor allem der Fall in Bezug auf die erste Mietzinserhöhung. Es ist hier anzuführen, inwiefern dies nicht zutrifft und inwiefern deshalb den Begehren der Beschwerdegegnerin stattzugeben ist.

---

<sup>103</sup> KRAMER/SCHMIDLIN-BK, Art. 1 OR, N. 141.

<sup>104</sup> Vgl. KRAMER/SCHMIDLIN-BK, Art. 1 OR, N. 145.

### 2.6.1. Rückforderungsanspruch aus unstatthaften Mietzinserhöhungen (Art. 62ff. OR)

Grundsätzlich verhält es sich so, dass dem Mieter nach der Rechtsprechung ein Rückforderungsanspruch über die ungerechtfertigte Bereicherung zusteht, wenn der Mieter einen erhöhten Mietzins bezahlt, obschon ihm die Erhöhung nicht mit dem vorgeschriebenen, amtlichen Formular mitgeteilt wurde und daher nichtig ist.<sup>105</sup> In diesem Sinne kommt Art. 67 OR zum Tragen, der die Ausführungen zur absoluten Verjährungsfrist enthält, wobei die absolute Verjährungsfrist gem. Art. 67 Abs. 1 OR zehn Jahre beträgt. Diese Verjährungsfrist beginnt mit der Entstehung des Anspruchs.<sup>106</sup> Zu beachten ist allerdings, wann dieser Anspruch genau entsteht. PIOTET ist dabei der Ansicht, dass der Anspruch durch die Anfechtung und im Zeitpunkt ihrer Erklärung entsteht.<sup>107</sup> Denn würde das Ganze nicht angefochten werden, dann würde die Causa bestehen bleiben und zu einem mängelfreien und somit stabilen Rechtsgrund der Zuwendungen erstarken.<sup>108</sup>

In casu wurde die erste Mietzinserhöhung am 1. September 1992 vorgenommen und die Beschwerdegegnerin wandte sich am 1. April 2014 der zuständigen Mietschlichtungsstelle zu. Jedoch muss nach dem Gesagten klargestellt werden, dass der Anspruch auf Rückforderung des Differenzbetrages aus Mietzinserhöhungen nicht verjährt ist, da nicht der Zeitpunkt der ersten Mietzinsenerhöhung im Jahre 1992 ausschlaggebend ist, sondern, wie von PIOTET gefordert, der Zeitpunkt der Anfechtung und der damit verbundenen Erklärung. Die Anfechtung erfolgte am 1. April 2014. In diesem Sinne ist dem Begehren der Beschwerdegegnerin auf Rückforderung der nichtigen Mietzinsen zu entsprechen. Auch ist der Vorbehalt der Rechtsmissbräuchlichkeit hier nicht zielführend, wie das an anderer Stelle bereits dargestellt wurde.<sup>109</sup>

### 2.6.2. Rückforderungsanspruch aus Herabsetzung des Mietzinses

Weiter ist noch darzulegen, wie es sich bezüglich der Verjährung der Rückforderungsansprüche aus Herabsetzung des Mietzinses gem. Art. 259d OR verhält, da der Beschwerdeführer die Verjährung im Gesamten als problematisch erachtet. Der Rückforderungsanspruch für zu viel bezahlte Mieten stellt eine mietrechtlich verjährende Forderung dar, die auf Art. 259d OR fusst. Als mietrechtliche Forderung ist dieser Anspruch grundsätzlich nach Art. 128 Ziff. 1 OR zu beurteilen betreffend etwaigen Verjährungsproblematiken.<sup>110</sup> Das bedeutet, dass die fünfjährige Frist von Art. 128 Ziff. 1 OR gelten würde für Mietzinse oder andere periodische Leistungen. Dies kann aber für Rückerstattungsansprüche aus Art. 259d OR nicht zielführend sein, da die Wirkung der Herabsetzungserklärung nicht ex nunc eintritt, sondern von Gesetzes wegen ab dem Zeitpunkt, in dem der

---

<sup>105</sup> SVIT-Kommentar, Art. 269d OR, N. 55; BGE 113 II 187 E. 1.

<sup>106</sup> HUWILER-BSK OR I, Art. 67 OR, N. 3.

<sup>107</sup> PIOTET PAUL, À propose de l' arrêt <<Picasso>>, JdT 136e année 1988, S. 519ff, S. 522f.

<sup>108</sup> HUWILER-BSK OR I, Art. 67 OR, N. 5.

<sup>109</sup> 1.2. Rechtsmissbräuchliche Kündigung.

<sup>110</sup> WEBER-BSK OR I, Art. 259d OR, N. 4a; SVIT-Kommentar, Art. 259d OR, N. 26f.

Vermieter Kenntnis vom Mangel hat oder haben könnte. Bereits geleistete Mietzinse sind daher, im Umfang des Herabsetzungsanspruches, rechtsgrundlos erbrachte Leistungen und nach den Verjährungsregeln der ungerechtfertigten Bereicherung zu beurteilen. Der Rückerstattungsanspruch verjährt dann nach Massgabe des Art. 67 OR.<sup>111</sup> In diesem Sinne kann an die vorhin erwähnten Ausführungen<sup>112</sup> zum Art. 67 OR angeknüpft werden, indem hier eine absolute Verjährungsfrist von insgesamt zehn Jahren gilt, die mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, gem. PIOTET auf die Anfechtung abstellend und dem Zeitpunkt ihrer Erklärung.

In casu ist vor allem der Auffassung zu folgen, wonach für den Rückerstattungsanspruch aus Art. 259d OR auf die Verjährungsregeln nach Art. 67 OR abzustellen ist. Die Beschwerdegegnerin macht somit einen Rückerstattungsanspruch aus Art. 259d OR geltend, wobei anzufügen ist, dass dieser Anspruch nicht verjährt ist, da erst mit der Anfechtung der Beschwerdegegnerin am 1. April 2014 der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs vorliegt und erst ab dann die absolute zehnjährige Frist des Art. 67 OR zu laufen beginnt. Daher sind die Ansprüche nicht verjährt.

### **3. Aufhebung des Vertrages mit der Sicherheitsunternehmung und Rückzahlung des Differenzbetrages**

Nebenkosten sind gem. Art. 257a Abs. 1 OR das Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der gemieteten Sache zusammenhängen. Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind es laut Art. 257b Abs. 1 OR die Aufwendungen des Vermieters für Leistungen im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Sache, wie bspw. Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten sowie etwaige öffentliche Abgaben.<sup>113</sup> Nebenkosten können dem Mieter nur dann verrechnet werden, wenn die Parteien die konkreten Nebenkostenpositionen klar bezeichnen und darüber eine gültige, vertragliche Vereinbarung getroffen haben.<sup>114</sup> Die Beschwerdegegnerin pflichtet den vom Beschwerdeführer gemachten Ausführungen, betreffend der Qualifikation des Sicherheitsvertrags als Nebenkosten, bei. Die Sicherheitsleistungen sind daher nebenkostenfähig. Im Speziellen soll noch dargelegt werden, wieso zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin keine gültige Nebenkostenvereinbarung besteht.

#### **3.1. Absichtliche Täuschung durch Beschwerdeführer (Art. 28 Abs. 1 OR)**

Eine absichtliche Täuschung liegt gem. Art. 28 Abs. 1 OR vor, wenn ein täuschendes Verhalten, Täuschungsabsicht, Widerrechtlichkeit, Irrtum des Getäuschten und Kausalität vorliegt.<sup>115</sup> Die täuschende Handlung liegt im Vorspiegeln falscher Tatsachen oder im Verschweigen von Tatsa-

---

<sup>111</sup> HIGI-ZK, Art. 259d OR, N. 25.

<sup>112</sup> 2.6.1. Rückforderungsanspruch aus unstatthaften Mietzinserhöhungen (Art. 62ff. OR).

<sup>113</sup> BGE 124 III 201 E. 2c.

<sup>114</sup> SVIT-Kommentar, Art 257-257b OR, N. 18.

<sup>115</sup> BRUNNER-KUKO OR, Art. 28 OR, N. 3.

chen. Tatsachen können sowohl äussere als auch innere Umstände betreffen.<sup>116</sup> Das Verschweigen einer Tatsache stellt nur dann eine täuschende Handlung dar, wenn eine Aufklärungspflicht bestand. Eine solche kann auf einen Vertrag oder das Gesetz zurückzuführen sein oder auch dann, wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und der herrschenden Anschauung geboten ist. Bei Dauerschuldverhältnissen muss aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses eine umfangreichere Aufklärungspflicht bestehen.<sup>117</sup> Für die Täuschungsabsicht bedarf es Vorsatz oder Eventualvorsatz.<sup>118</sup> Die absichtliche Täuschung ist widerrechtlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt.<sup>119</sup> Ein Irrtum liegt vor, wenn eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorgehoben wird.<sup>120</sup> Die Kausalität ist vorhanden, wenn der Getäuschte in Kenntnis der Wahrheit die Willenserklärung nicht oder nicht in dieser Weise abgegeben hätte.<sup>121</sup> Eine erfolgreiche Anfechtung des Vertrages hat nach der Anfechtungstheorie zur Folge, dass dieser auflösend bedingt ist, wobei die Bedingung in der Geltendmachung des Willensmangels besteht.<sup>122</sup> Der Anspruch aus absichtlicher Täuschung verwirkt gem. Art. 31 Abs. 1 und 2 OR binnen Jahresfrist nach Entdeckung.<sup>123</sup>

In casu hat die Beschwerdegegnerin mit dem Sicherheitsunternehmen des Beschwerdeführers einen Vertrag über die Erbringung von Sicherheitsleistungen geschlossen, die ihr über die Nebenkosten in Rechnung gestellt werden. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der in Art. 2 Abs. 1 ZGB verankert ist, ergibt sich für den Vermieter die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des Mieters.<sup>124</sup> Zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin existiert seit über zwanzig Jahren ein Mietverhältnis. Zudem besteht zwischen ihnen ein herzliches, persönliches Verhältnis. Dies bringt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift auch so zum Ausdruck. Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer gegenüber der Beschwerdegegnerin betreffend Angelegenheiten der Nebenkosten eine erhöhte Aufklärungspflicht hat. Falls der Beschwerdeführer im Zuge der Nebenkostenvereinbarung die Beschwerdegegnerin nicht darauf aufmerksam machte, dass er den Vertrag schliesst, um sein Eigentum zu schützen und er zudem nicht auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz hingewiesen hat, so verhielt er sich durch das Verschweigen täuschend. Die Täuschung bezieht sich zum Einen auf den inneren Umstand, dass der Beschwerdeführer möglicherweise von sich aus diese Massnahmen ergriffen hätte, da er primär nur sein Eigentum schützen wollte und dies nicht zu Lasten der Beschwerdegegnerin geschehen wäre. Zum Anderen be-

---

<sup>116</sup> SCHWENZER-BSK OR I, Art. 28 OR, N. 3ff.

<sup>117</sup> SCHWENZER-BSK OR I, Art. 28 OR, N. 8ff.

<sup>118</sup> BRUNNER-KUKO OR, Art. 28 OR, N. 5.

<sup>119</sup> BRUNNER-KUKO OR, Art. 28 OR, N. 6.

<sup>120</sup> BRUNNER-KUKO OR, Art. 28 OR, N. 7.

<sup>121</sup> BRUNNER-KUKO OR, Art. 28 OR, N. 8.

<sup>122</sup> SCHWENZER, N. 39.03.

<sup>123</sup> SCHWENZER, N. 39.15.

<sup>124</sup> Vgl. BÉGUIN, mp 3/2014, S. 183.

zieht sich die Täuschung darauf, dass der Beschwerdeführer womöglich nicht erwähnte, dass er bei der Vergabe von Nebenkostenaufträgen zur Wirtschaftlichkeit verpflichtet ist.<sup>125</sup> Er muss also die ökonomischen Interessen der Mieter wahren, indem er bspw. Offerten bei anderen Anbietern einholt.<sup>126</sup> Die Täuschungsabsicht ist weiter gegeben, weil davon ausgegangen werden kann, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner Erfahrung im Bereich der Immobilien um diese Verpflichtungen wusste und so zumindest eventualvorsätzlich auf eine Aufklärung verzichtete. Da keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich sind, liegt Widerrechtlichkeit vor. Der Irrtum liegt darin, dass die Beschwerdegegnerin von der Motivation des Beschwerdeführers und seiner Aufklärungspflicht nichts wusste. Der Irrtum ist kausal für die Willenserklärung der Beschwerdegegnerin, da sie aufgrund dieser Umstände wohl kaum den Vertrag in dieser Form geschlossen hätte. Dies wird dadurch deutlich, dass sie bei der Wahl des Vertragspartners nicht einen anderen auswählen durfte.

Demgemäss muss der Vertrag aufgrund einer absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 Abs. 1 OR aufgelöst werden. Die Verwirkungsfrist von einem Jahr ist gewahrt, da die Beschwerdegegnerin erst nach der Konsultation beim Anwalt von der absichtlichen Täuschung Kenntnis erhielt und dies geschah erst nach dem 10. März 2014.

### 3.2. Fehlendes Formular bei Nebenkosteneinführung (Art. 269d Abs. 3 i.V.m. Art. 269d Abs. 1 OR)

Gem. Art. 269d Abs. 3 i.V.m. Art. 269d Abs. 1 OR muss die Einführung neuer Nebenkosten auf dem vom Kanton amtlich bewilligten Formular erfolgen. Falls sich in den Akten kein solches Formular befindet, ist die Nebenkosteneinführung nichtig. Es gilt sinngemäss, was bereits weiter oben u.a. zu den Formerfordernissen erläutert wurde.<sup>127</sup>

### 3.3. Nichtiges Koppelungsgeschäft (Art. 254 OR)

Die Beschwerdegegnerin macht ein nichtiges Koppelungsgeschäft gem. Art. 254 OR geltend. In Fällen einer völlig übertriebenen Bewachung kann nämlich von einem nichtigen Koppelungsgeschäft ausgegangen werden.<sup>128</sup>

In casu ist ein Sicherheitsvertrag in diesem Ausmass übertrieben, weil die Beschwerdegegnerin bereits über einen Hund verfügt, der ein gewisses Mass an Sicherheit gewährleistet. Zudem wurde ihr der Vertrag aufgedrängt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt die Bestimmung von Art. 254 OR auch bei Vorliegen eines Luxusobjekts in Betracht, weil die Norm systema-

---

<sup>125</sup> BÉGUIN, mp 3/2014, S. 183.

<sup>126</sup> BÉGUIN, mp 3/2014, S.186.

<sup>127</sup> 2.2.1. Fehlende Formerfordernisse der Mietzinserhöhungen (Art. 269d Abs. 2 OR).

<sup>128</sup> <<http://www.mieterverband.ch/> => Mietrecht & Beratung => Ratgeber Mietrecht => Unterlagen & Tools => Merkblätter => Zulässige und unzulässige Nebenkosten> S. 8. (zuletzt besucht am 4. November 2016).

tisch betrachtet klar nicht zu Art. 269ff. OR gehört. Die Einschränkungen von Art. 253b OR gelten somit nicht für Art. 254 OR.<sup>129</sup>

#### 3.4. Ausserordentliches Kündigungsrecht bezüglich dem Sicherheitsvertrag (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

Verträge, welche ohne Kündigungsrecht abgeschlossen wurden, können mit Berufung auf Art. 27 Abs. 2 ZGB ausserordentlich gekündigt werden. Dies gilt insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen.<sup>130</sup>

In casu ist nicht ersichtlich, ob mit dem Sicherheitsunternehmen eine besondere Vereinbarung über die Modalitäten und Fristen einer allfälligen Kündigung durch die Parteien vereinbart wurde. Demgemäss muss die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit haben, aus dem Sicherheitsvertrag auszusteigen. Sie fordert somit eine Kündigung auf den nächst möglichem Termin. Das Gericht soll hierbei eine angemessene Frist bestimmen. Die Beschwerdegegnerin macht hiermit eine Kündigung auf den 1. Mai 2017 geltend, weil in Anbetracht der Umstände eine sechsmonatige Kündigungsfrist als angemessen erscheint.<sup>131</sup>

#### 3.5. Gültigkeit der Rückforderungsansprüche

Die Beschwerdegegnerin macht einen Rückforderungsanspruch gem. Art. 62ff. OR geltend. Die Voraussetzungen dazu wurden bereits weiter oben<sup>132</sup> umschrieben. Da vorliegend Nichtigkeit von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht wurde, besteht kein Anspruch mehr auf die monatliche Bezahlung von CHF 220.-- aus dem Sicherheitsvertrag. Demnach ist der Beschwerdeführer verpflichtet den Differenzbetrag rückwirkend zurückzuerstatten.

*Wir ersuchen höflich, den gestellten Rechtsbegehren zu entsprechen. Freundliche Grüsse Team 37*

---

<sup>129</sup> SVIT-Kommentar, Art 254 OR, N. 10; LACHAT, le bail à loyer, 22/2.4.

<sup>130</sup> HOFER, Einleitungsartikel und Personenrecht, N. 18.22.

<sup>131</sup> Vgl. BGE 93 II 290 E. 8

<sup>132</sup> 2.6.1. Rückerforderungsanspruch aus unstatthaften Mietzinserhöhungen (Art. 62ff. OR).