

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

# 1. Besondere Nebenkostenvereinbarung

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

## Sachverhalt

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

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

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

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

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

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

## Aus den Erwägungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

## Sachverhalt

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

## Aus den Erwägungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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