

GR_GERICHTE ZK2 2010 65 vom 22. Februar 2011

GR Gerichte, 2011-02-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2010_65

FR: GR_GERICHTE ZK2 2010 65 du 22 février 2011

IT: GR_GERICHTE ZK2 2010 65 del 22 febbraio 2011

Regeste

Anfechtung Kündigung evt. Erstreckung | Berufung OR Pacht/Leihe/Darlehen

Erwägungen

E. 2

Eventualiter sei das Miet-/Pachtverhältnis zwischen der Gemeinde A. und der D. betreffend Alp A. um sechs Jahre, eventualiter nach richterlichem Ermessen, zu erstrecken.

E. 3

Die Kosten des Bezirksgerichts Surselva, bestehend aus: Gerichtsgebühr Fr. 5'400.00 Schreibgebühr Fr. 540.00 Barauslagen Fr. 60.00 Total somit Fr. 6'000.00 gehen zu Lasten der Klägerin. Die Klägerin hat die Beklagte ausserdem ausseramtlich mit Fr. 6'140.-- zu entschädigen.

E. 4

Bevor auf die zu beurteilenden Hauptfragen eingegangen wird, ist vorab zu klären, ob es sich beim fraglichen Vertrag um ein Miet- oder Pachtverhältnis handelt. Für die in der Hauptsache zu beantwortenden Rechtsfragen ist die Qualifizierung des Vertrags zwar nicht relevant. Gemäss Art. 253b OR und Art. 300 OR sind die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und über den Kündigungsschutz auch bei der Pacht sinngemäss anwendbar. Die Vorinstanz hat die Frage daher offen gelassen (vgl. Erw. 3.1). Da die Voraussetzungen für den Weiterzug ans Bundesgericht bei Pacht und Miete unterschiedlich geregelt sind (der massgebende Streitwert für die unbeschränkte Beschwerdemöglichkeit beträgt bei Pacht Fr. 30'000.-- und bei Miete Fr. 15'000.--), ist die Frage im Berufungsverfahren dennoch zu entscheiden. Gemäss früherer Rechtsprechung führte der Umstand, dass der Unternehmer mit und in den ihm überlassenen Räumen zu Erträgen gelangen will, solange nicht zur Annahme eines Pachtverhältnisses, als diese Erträge vor allem auf seine Tätigkeit und nicht auf den blossen Gebrauch der Sache zurückzuführen waren. Da in einem Gastronomiebetrieb ohne Eigenleistung keine Erträge anfallen und in der Regel auch keine Kundschaft „mitverkauft“ werden kann, wurde ein Gastronomiebetrieb gemäss dieser Rechtsprechung grundsätzlich vermietet

Seite 6 — 16 und nicht verpachtet, selbst wenn nebst den Räumlichkeiten auch Inventar überlassen wurde (vgl. BGE 103 II 247 E. 2 S. 252 ff.). Gemäss der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Vertrag allerdings als Pacht und nicht als Miete zu qualifizieren, wenn neben den Räumen die vollständige Einrichtung eines Geschäfts oder Gewerbebetriebs überlassen wird (BGE 128 III 419 = Pra 2003 Nr.

E. 7

E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.43/2000 vom 21. Mai 2001 E. 2a). Vorliegend wurde nebst den Räumlichkeiten keine vollständige Einrichtung zum Betrieb überlassen (vgl. Pachtvertrag, bB 2, Ziff. 1 und 2). Somit ist der hier interessierende Vertrag auch gemäss der neuen Rechtsprechung als Mietvertrag zu qualifizieren. 5. Die angefochtene Kündigung erfolgte wegen eines Zahlungsrückstands der Mieterin. Die Kündigung wurde damit begründet, dass weder der vollständige feste noch der variable Mietzins innert Frist beglichen oder mindestens sichergestellt worden sei (bB 12 und 13). Umstritten und zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob eine Erhöhung des festen Mietzinsbestandteils von anfänglich Fr. 3'000.-- auf Fr. 3'600.-- gültig zustandegekommen ist und die Mieterin somit tatsächlich in Zahlungsrückstand geraten ist. Falls die Frage zu verneinen ist, wäre weiter zu klären, ob allenfalls ein von der Mieterin zu vertretender Mietzinsrückstand bezüglich des variablen Mietzins vorliegt. Wird ein Zahlungsrückstand bejaht, ist sodann zu prüfen, ob die Kündigung wegen Zahlungsrückstands korrekt, das heisst gesetzmässig vorgenommen wurde. 6.a) Im vorliegenden Fall wurde im Vertrag ein konstanter Pachtzinsanteil (recte Mietzinsanteil) vorgesehen. Dieser wurde für das 1. Jahr auf Fr. 3'000.-- festgelegt. Zur Festlegung des Zinses für die darauf folgenden Jahre wurde der Gemeinde A. in Ziff. 5.2.1 des „Pachtvertrags“ vertraglich das Recht eingeräumt, aufgrund einer amtlichen Zinseinschätzung mit der D. Verhandlungen aufzunehmen. Gestützt auf diese Vertragsbestimmungen teilte die Gemeinde A. der D. mit Schreiben vom 10. Januar 2008 mit, dass der bisherige (feste) „Pachtzins“ von jährlich Fr. 3'000.-- gestützt auf die amtliche Pachtzinsschätzung vom 2. November 2006 neu Fr. 3'600.-- betrage und dies mit Wirkung ab 1. Januar 2008. Mit Antwortschreiben vom 22. Januar 2008 erklärte sich die D. bereit – unter Vorbehalt der zukünftigen Qualität der Zusammenarbeit mit der Gemeinde – die „Pachtzinserhöhung“ zu akzeptieren, obwohl diese zu spät erfolgt sei. Zwischen den Parteien ist nun strittig, ob damit eine gültige Mietzinserhöhung zustandegekommen ist, oder ob diese als nichtig zu betrachten ist, weil sie nicht mit dem amtlichen Formular mitgeteilt wurde.

Seite 7 — 16 b) Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid fest, bei einer während laufendem „Pachtvertrag“ erfolgten konsensualen „Pachtzinsanpassung“ bedürfe es nicht der Verwendung des Formulars gemäss Art. 269d Abs. 1 OR. Dabei stützt sie sich auf BGE 128 III 419 E. 2.4.1 f. c) Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz lasse eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Details des zitierten Bundesgerichtsentscheids vermissen. Das Bundesgericht habe nämlich in E. 2.4.2. des fraglichen Entscheids klare Bedingungen für einen Formularverzicht formuliert, um sicherzustellen, dass die zwingende Gesetzesbestimmung von Art. 269d OR nicht umgangen werde. Voraussetzung für eine formularlose einverständliche Erhöhung sei nämlich, dass der Mieter über sein Anfechtungsrecht anderweitig informiert sei und nicht unter Druck stehe, namentlich nicht unter Kündigungsdruck (Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 7 a zu Art. 269d OR). Da sich die Gemeinde A. auf die Gültigkeit ihrer formularlosen Kündigung (recte wohl Mietzinserhöhung) berufe, wäre es nach Ansicht der Berufungsklägerin ihre Pflicht gewesen, dem Gericht aufzuzeigen, dass die D. anderweitig über das Anfechtungsrecht informiert gewesen sei. Solches habe die Gemeinde unterlassen. Gemäss Weber (Basler Kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 269d OR) dürfe man sich bei der Frage nach der Kenntnis des Mieters von der Anfechtungsmöglichkeit nicht damit begnügen, dass dieser um die Existenz gesetzlicher Regelungen auf diesem Gebiete wisse, denn die Formularpflicht setze die Rechtsunkenntnis des Mieters voraus. Die D. habe mit Schreiben vom 22. Januar 2008 festgehalten, die „Pachtzinserhöhung“ sei zu spät

erklärt worden. Daraus könne gefolgert werden, dass die D. gerade nicht um die Formularpflicht gewusst habe. Zudem habe die Vorinstanz auch verkannt, dass in einem Verhältnis zwischen einer in aller Regel hoheitlichen Gemeinde einerseits und einem privaten Unternehmer andererseits latent ein bestimmter Druck vorhanden sei. Schliesslich habe die Vorinstanz auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss Urteil vom 20. Juni 2005 (4C.96/2005 E. 1.2.2) übergangen, wonach Mitteilungen von Mietzinserhöhungen, welche nicht mit dem amtlichen Formular erfolgen, als absolut nichtig zu betrachten seien. Diese absolute Nichtigkeit sei von Amtes wegen festzustellen und könne daher durch den Mieter jederzeit geltend gemacht werden, selbst wenn er den erhöhten Zins bereits bezahlt habe. Wie noch zu zeigen sein wird, kann der Argumentation der Berufungsklägerin nicht gefolgt werden. d) Gemäss Art. 269d OR kann der Vermieter den Mietzins jederzeit auf den nächstmöglichen Kündigungstermin erhöhen. Er muss dem Mieter die Mietzinserhöhung mindestens zehn Tage vor Beginn der Kündigungsfrist auf einem vom

Seite 8 — 16 Kanton genehmigten Formular mitteilen und begründen. Die Mietzinserhöhung ist nichtig, wenn der Vermieter sie nicht mit dem vorgeschriebenen Formular mitteilt (Art. 269d Abs. 2 lit.a OR). aa) Wie das Bundesgericht im Entscheid BGE 128 III 419 (Pra 2003 Nr. 7) E. 2.4.1 festgehalten hat, regelt Art. 269d OR den Fall, in dem der Vermieter den Mietzins auf den nächsten Kündigungstermin hin erhöhen will (vgl. Art. 269d Abs. 1 Satz 1 OR). Der Hinweis auf den nächsten Kündigungstermin ist gemäss Bundesgericht relevant, weil die Parteien gestützt auf das Prinzip der Vertragstreue bis zu diesem Termin an ihre Vereinbarung gebunden sind und der Vermieter den Zins daher vor diesem Termin nicht einseitig abändern kann (vgl. hierzu auch SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 269d OR N 1, 8). Vorliegend liegt keine einseitige Erhöhung des Mietzinses durch den Vermieter auf den nächsten Kündigungstermin vor, zumal die Vermieterin den Vertrag vereinbarungsgemäss erstmals auf Ende der Wintersaison der C. im Jahre 2016 hätte kündigen können. Die in Frage stehende Mietzinserhöhung sollte aber nicht erst auf diesen Termin hin, sondern bereits ab dem 1. Januar 2008 Wirkung entfalten. Es liegt somit kein Anwendungsfall von Art. 269d OR vor. Damit stand der Berufungsbeklagten auch das amtliche Formular nicht zur Verfügung (vgl. BGE 128 III 419, E. 2.4.2). Letzteres ergibt sich auch aus dem amtlichen Formular des Kantons Graubünden selbst, welches als „Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und einseitigen Vertragsänderung gemäss Art. 269d OR“ titulierte ist. bb) Die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen hindern die Parteien nicht daran, gestützt auf die Vertragsfreiheit den Inhalt ihres Vertrags jederzeit abzuändern, und zwar auch während des laufenden Mietverhältnisses. Die dem Vermieter zustehende Ermächtigung, einseitig auf den nächsten Kündigungstermin hin eine Erhöhung des Mietzinses zu verlangen, schliesst nicht aus, dass die Parteien ohne Verwendung des amtlichen Formulars vereinbaren können, den Mietzins auf einen bestimmten Termin hin zu erhöhen (BGE 128 III 419 = Pra 2003 Nr. 7 E. 2.4.2; BGE 123 III 70 E. 3; SVIT-Kommentar, Art. 269d OR N 17). Die Vorinstanz befasste sich unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung mit der Bedeutung der Vertragsklausel „Zur Festlegung des Pachtzinses für die darauf folgenden Jahre hat die Gemeinde A. das Recht, aufgrund einer amtlichen Pachtzinseinschätzung mit der D. Verhandlungen aufzunehmen“. Sie kam aufgrund einer „teleologisch-kontextuellen“ Auslegung zum Schluss, die Bestimmung beinhalte nicht bloss das Recht zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen, sondern die Pflicht beider Parteien, den „Pachtzins“ für die

Folgejahre aufgrund einer amtlichen Pachtzinsschätzung definitiv festzulegen (E.3.3.2). Weiter hielt die

Seite 9 — 16 Vorinstanz fest, dass die Gemeinde A. keine eigentlichen Verhandlungen zur Festlegung des jährlichen „Pachtzinses“ aufgenommen habe, sondern der Mieterin mit Schreiben vom 10. Januar 2008 (kB 5) eine „Pachtzinserhöhung“ mitgeteilt habe. Für sich allein habe das Schreiben keine Wirkung entfalten können. Das Schreiben sei aber zumindest als Angebot zur Aufnahme der im „Pachtvertrag“ vorgesehenen Verhandlungen anzusehen. Mit Schreiben vom 22. Januar 2008 (bB 4) sei die Mieterin auf dieses Angebot eingestiegen. Die Erhöhung sei nicht grundsätzlich von der Zustimmung der D. abhängig. Gegen die im „Pachtvertrag“ vereinbarte Anpassungsklausel habe sie sich nicht wehren können. Sie hätte nur noch einwenden können, der „Pachtzins“ sei falsch ermittelt worden. Solche Einwendungen seien jedoch nicht erhoben worden. Der „Pachtzins“ sei demnach von den Parteien getreu der im „Pachtvertrag“ vom 19. Dezember 2005 festgehaltenen Regelung auf Fr. 3'600.-- festgelegt worden. Die Anpassung habe ab dem Zeitpunkt Geltung erlangt, als die Verhandlungen abgeschlossen worden seien, was mit dem Antwortschreiben vom 22. Januar 2005 (bB 4) der Fall gewesen sei. Diese Ausführungen bedürfen namentlich bezüglich des Zustimmungserfordernisses einer Korrektur. Wenn der Gemeinde das Recht eingeräumt wird, zur Festlegung des „Pachtzinses“ aufgrund einer amtlichen Pachtzinsschätzung Verhandlungen aufzunehmen, so heisst dies eben gerade nicht, dass eine Erhöhung nicht von der Zustimmung der Gegenpartei abhängig sein soll, sondern, dass die Parteien einen Konsens auf Basis der amtlichen Schätzung zu suchen und zu finden haben. Dies ist vorliegend geschehen, indem die Vermieterin der Mieterin mit Schreiben vom 10. Januar 2008 (kB 5) eine „Pachtzinserhöhung“ mitgeteilt hat. Dieses Schreiben kann aufgrund von Ziff. 5.2.1 des Mietvertrags vom 19. Dezember 2005 nur als Angebot interpretiert werden, weil eine einseitige Mietzinserhöhung vertraglich nicht vorgesehen war. Darauf antwortete die Vermieterin mit Schreiben vom 22. Januar 2008, sie sei bereit, unter Vorbehalt der zukünftigen Qualität der Zusammenarbeit mit der Gemeinde, die Pachtzinserhöhung zu akzeptieren (kB 4). Damit erklärte die Mieterin die Annahme der Mietzinserhöhung. Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Berufungsklägerin, die Schätzung des neuen Zinses sei ihr nie mitgeteilt worden. Massgebend ist, dass die Berufungsklägerin die Mietzinserhöhung akzeptiert hatte und zwar unabhängig davon, ob ihr die Schätzung mitgeteilt worden war. Diesbezüglich wurde kein Vorbehalt angebracht. Dass eine amtliche Schätzung eingeholt wurde, ergibt sich übrigens aus den Akten (bB 10; Zeugenaussage B. zu Frage 11 von RA Blumenthal). Aufgrund der Aussage ist davon auszugehen, dass der Zeuge als Vertreter der Berufungsklägerin auch Kenntnis davon hatte. Sah der Vertrag nach dem Ge-

Seite 10 — 16 sagten lediglich einen Anspruch auf Verhandlungen vor, so hätte die Mieterin den Vorschlag der Gemeinde A. auf Erhöhung des Mietzinses auf Fr. 3'600.-- pro Monat ablehnen können. Dies hat die A. Tourimus AG nicht getan. Vielmehr hat sie ihr ausdrückliches Einverständnis dazu erklärt, so dass ein Konsens auf Erhöhung des Mietzinses vorliegt. Für eine konsensuale Erhöhung des Mietzinses, in einer Situation, in welcher kein einseitiger Erhöhungsanspruch besteht, sieht das Gesetz, wie bereits dargelegt, keinen Formularzwang vor und es existiert auch kein Formular dafür. Nichts anderes ergibt sich aus dem von der Berufungsklägerin für ihren Gegenstandspunkt angeführten Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juni 2005 (4C.96/2005), zumal es dort eben

gerade nicht um eine konsensuale Mietzinserhöhung ging. cc) Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks von Art. 269d Abs. 2 OR ist eine einvernehmliche Vertragsänderung allerdings nur zulässig, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass der Mieter über seine Rechte ausreichend informiert worden ist und seine Zustimmung nicht unter Druck einer Kündigungsandrohung erteilt hat (BGE 128 III 419, E. 2.4.2). Vorliegend ergibt sich aus den konkreten Umständen klar, dass die vereinbarte Mietzinserhöhung keine Umgehung des Schutzzwecks darstellt. Die Erhöhung war bereits in Ziff. 5.2.1 des „Pachtvertrags“ vom 19. Dezember 2005 für die Zeit nach dem ersten „Pachtjahr“ ausdrücklich vorgesehen. Sie wurde nicht auf den nächsten Kündigungstermin hin beschlossen, so dass, wie bereits ausgeführt, das amtliche Formular gar nicht zur Verfügung stand. Die Mieterin hatte auch nicht die Möglichkeit, sich bei einer Behörde zu vergewissern, ob die Zinserhöhung dazu führen würde, dass aus der Mietsache ein übersetzter Ertrag erzielt würde (Art. 269 f. OR), da es sich bei der vereinbarten Mietzinsanpassung nicht um eine einseitige Indexbeziehungsweise Staffellungsklausel handelt und somit keinerlei Möglichkeit bestand, den Mietzins während laufendem Mietvertrag einseitig zu erhöhen. Die Berufungsklägerin befand sich somit in einer komfortableren Situation als ein Mieter, der sich gegen eine einseitige Mietzinserhöhung wehren und damit rechnen muss, dass diese für nicht missbräuchlich erklärt wird. Sie hätte sich einfach damit begnügen können, der Mietzinserhöhung nicht zuzustimmen. Dieses Recht war klar und die Mieterin war sich dessen bewusst, wie sich aus dem Antwortschreiben vom 22. Januar 2008 (kB 4) ergibt. Anders ist die darin enthaltene Aussage nicht zu verstehen, wonach sie sich „bereit erkläre“, die „Pachtzinserhöhung“ zu akzeptieren, obwohl die „Pachtzinserhöhung“ zu spät bei ihr eingetroffen sei. Sie erachtete ihr Akzept somit als einen freiwilligen Akt des Entgegenkommens. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass es sich bei B., der die Erklärung für die Beru-

Seite 11 — 16 fungsklägerin abgab, nicht um eine unerfahrene Person handelt. Er ist von Beruf Informatiker, alleiniger Inhaber und Geschäftsführer der D. und war von Juli 2003 bis Juli 2007 Präsident der Gemeinde A. (vgl. Zeugeneinvernahmeprotokoll B., S. 1). In dieser Zeit schloss die Gemeinde A. den fraglichen „Pachtvertrag“ mit der D.. B. unterzeichnete den Vertrag für die Berufungsklägerin. Er hatte somit Kenntnis von sämtlichen relevanten Umständen und war über seine Rechte ausreichend informiert. Die Zustimmung zur Mietzinserhöhung erfolgte auch nicht unter Druck, namentlich nicht unter Kündigungsdruck. Eine Kündigung wäre seitens der Vermieterin frühestens auf Ende der Wintersaison der C. im Jahr 2016 möglich gewesen. Die Mieterin war somit bis auf Weiteres vor einer Kündigung geschützt. Es findet sich in den Akten nirgends ein Hinweis dafür, dass die Einverständniserklärung zur Mietzinserhöhung nicht aus freiem Willen oder in Unkenntnis der Umstände erfolgt wäre. Es liegt somit eine vertragliche Änderung des Mietzinses vor, die gültig vereinbart wurde und nicht mit dem amtlichen Formular mitgeteilt werden musste (vgl. zum Ganzen BGE 128 III 419, E. 2.4.2). 7.a) Die Berufungsklägerin macht in einem Eventualstandpunkt geltend, die Einverständniserklärung sei bedingt erfolgt und die Bedingung der guten Zusammenarbeit sei seitens der Gemeinde nicht eingehalten worden. Deshalb könne die Zinserhöhung nicht als akzeptiert gelten. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist fraglich, ob es sich bei dem „Vorbehalt der zukünftigen Qualität der Zusammenarbeit mit der Gemeinde“ überhaupt um eine Bedingung im Rechtssinne handelt und allenfalls, ob eine solche genügend klar definiert und daher gültig zustande gekommen wäre. Letztlich muss die Frage allerdings, wie noch aufzuzeigen ist, nicht abschliessend beurteilt werden. Sofern

von einer Bedingung auszugehen ist, handelt es sich jedenfalls um eine auflösende Bedingung. Ansonsten würde die Mietzinsanpassung für das gesamte künftige Mietverhältnis im Schwebezustand bleiben und wäre bis Vertragsbeendigung nicht durchsetzbar, da erst dann zumal endgültig feststünde, ob die Bedingung der Qualität der Zusammenarbeit im Sinne der Parteien war (wobei nirgends definiert wurde, wann Letzteres der Fall ist). Dies kann nicht Sinn und Zweck der Vereinbarung sein, mit welcher sich die Parteien grundsätzlich auf eine Mietzinserhöhung einigten. Somit wäre in jedem Fall von einer auflösenden Bedingung auszugehen. b) Ein auflösend bedingtes Geschäft ist sofort (voll) wirksam. Es verliert aber seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, wo die Bedingung in Erfüllung geht (ex nunc; Art. 154 Abs. 1 OR). Eine Rückwirkung findet in der Regel nicht statt (Art. 154 Abs. 2 OR). Mangels anderer Abrede werden daher auflösend bedingte Dauerverträge mit Eintritt der Bedingung für die Zukunft aufgelöst, sodass Forderungen Seite 12 — 16 der Vergangenheit (zum Beispiel Mietzinsansprüche) zurückbleiben (Gauch/Schluép/-Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 4005 f.). Bis zur Erfüllung der Bedingung oder bis zu deren Ausfall befindet sich zwar auch das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft grundsätzlich im Schwebezustand, der sich hier allerdings nicht auf den Beginn der rechtsgeschäftlichen Wirkungen, sondern auf deren Fortbestand bezieht. Da das Geschäft sogleich voll wirksam ist, hat das bedingte Geschäft im Schwebezustand die gleichen Wirkungen wie ein unbedingtes. Das bedeutet zum Beispiel, dass die Gläubigerin die resolutiv bedingte Forderung wie eine unbedingte geltend machen kann. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Mietzinserhöhung in jedem Fall gültig zustande gekommen ist und zumindest solange volle Gültigkeit erlangte, bis die Qualität der Zusammenarbeit nicht mehr im Sinne der Parteien war. c) Beweispflichtig für den Eintritt der auflösenden Bedingung ist die Partei, die ihre Leistungspflicht unter Berufung darauf bestreitet (Urteil des Bundesgerichts 4C.264/2004 vom 20. Oktober 2004, E. 3.4, Urteil des Bundesgerichts 4C.212/2004 vom 25. Oktober 2004, E. 3.1, Felix R. Ehrat, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 14 zu Art. 151 OR). Die Berufungsklägerin versucht diesen Beweis anhand diverser Korrespondenzen und der Zeugeneinvernahme von B., des Inhabers und Geschäftsführers der D., zu erbringen. Die Zeugenaussage von B. ist aufgrund dessen Nähe mit der Berufungsklägerin mit Zurückhaltung zu würdigen. Dies gilt umso mehr, als aufgrund der bei den Akten liegenden Korrespondenzen davon auszugehen ist, dass der Zeuge emotional stark in die Angelegenheit involviert war. Aus den übrigen erwähnten Beweismitteln ergibt sich, dass zwischen den Parteien in verschiedenen Punkten Uneinigkeiten bestanden. Wer diese letztlich zu verantworten hat, ist aufgrund der Akten nicht eruierbar. Es handelt sich bei den Streitpunkten indessen um Meinungsverschiedenheiten, die nicht bereits für sich zwingend auf eine schlechte Qualität der Zusammenarbeit schliessen lassen. Dies hat umso mehr zu gelten, als die Berufungsklägerin eben die von ihr formulierte „Bedingung“ nicht näher definierte. Jedenfalls kann darunter nicht verstanden werden, dass die Gemeinde A. ihre Rechte nicht mehr hätte wahrnehmen und vertreten dürfen. Aus den eingelegten Belegen ergeht aber durchwegs, dass es um sachliche Meinungsverschiedenheiten ging. Auch der Zeuge B. sagte auf die Frage, ob die Differenzen sachlicher Natur oder persönlicher Natur gewesen seien, die Parteien hätten sachliche Differenzen gehabt (Einvernahmeprotokoll S. 3 Ziff. 11). Dass allein die Gemeinde die Unstimmigkeiten zu vertreten habe, wie dies der Rechtsvertreter

Seite 13 — 16 der Berufungsklägerin anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht aus- führte, erscheint aufgrund der Akten alles andere als nachgewiesen. Einen rechts- genüghlichen Nachweis für den Eintritt der auflösenden Bedingung konnte die Be- rufungsklägerin jedenfalls nicht erbringen. Sie hatte auch nie geltend gemacht, der Zins sei aufgrund des Verhaltens der Gemeinde wieder auf Fr. 3'000.-- reduziert worden. Dazu hätte sie aufgrund der Mahnungen und Kündigungsandrohungen aber allen Grund gehabt, wenn sie sich tatsächlich auf das Dahinfallen der Miet- zinsforderung berufen wollte. d) Zum Beweis des Eintritts der auflösenden Bedingung gehört sodann auch der genaue Zeitpunkt des Eintritts. Dies ergibt sich daraus, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Vereinbarung volle Gültigkeit hat. Vorliegend macht die Berufungs- klägerin hierzu keine Ausführungen. Es kann auch nicht einfach auf das Datum des ersten Aktenstücks, gestützt auf welches von Unstimmigkeiten auszugehen ist, abgestellt werden. Ob bereits zu diesem Zeitpunkt die Qualität der Zusamme- narbeit im Sinne der formulierten „Bedingung“ gestört war, ist völlig offen, zumal wie bereits schon bemängelt wurde, eben auch die Bedingung ungenügend um- schrieben wurde. Unter diesen Umständen kann von einem Beweis des Eintritts der auflösenden Bedingung keine Rede sein, woraus folgt, dass die Erhöhung des festen Mietzinsbestandteils gültig zustande gekommen ist und Bestand hatte.

E. 8

Ist nach dem Gesagten von einer gültigen Erhöhung des festen Mietzinsbe- standteils auszugehen, ist diesbezüglich ein Zahlungsrückstand ausgewiesen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, schliesst der Umstand, dass der Pacht- zins jährlich zu bezahlen war, eine Erhöhung während laufendem Jahr nicht aus. Eine Rückwirkung der neuen Pachtzinsregelung ist ohne entsprechende Vereinba- rung hingegen ausgeschlossen (vgl. BGE110 II 494 E. 3.b). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der neue feste Mietzinsbestandteil von Fr. 3'600.-- pro Jahr ab dem Zeitpunkt Geltung hatte, als die Mieterin den erhöhten Pachtzins ak- zeptiert hat, mithin ab dem 22. Januar 2008. Ob die neue Pachtzinsregelung auf- grund der abgegebenen Parteierklärungen sogar rückwirkend auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt wurde, kann vorliegend offen gelassen werden. Jedenfalls war für das bereits angebrochene Jahr 2008 (zumindest) ein fester Mietzinsbe- standteil von nahezu Fr. 3'600.-- zu bezahlen. Bei Fälligkeit auf den 31. Oktober 2008 und einer Zahlungsfrist von 30 Tagen (vgl. Ziff. 5.2.2 und 5.2.3 des Pachtver- trags, bB 2), war dieser Betrag bis spätestens am 1. Dezember 2008 zu bezahlen. Mit der am 31. Dezember 2008 geleisteten Zahlung von Fr. 3'000.-- (vgl. bB 9) hat die D. ihre Pachtzinsschulden nicht vollumfänglich erfüllt und ist in Zahlungsrück- stand geraten. Ob auch bezüglich des variablen Mietzinsbestandteils ein Zah-

Seite 14 — 16 lungsrückstand ausgewiesen ist, kann unter diesen Umständen offen gelassen werden.

E. 9

Die Berufungsklägerin macht unter Hinweis auf Ziff. 5.2.1 des Vertrags gel- tend, der konstante Pachtzinsanteil sei nicht einmal als Minimalpachtzins zu quali- fizieren. Insoweit sich die Berufungsklägerin an Investitionskosten für die neue Alphütte beteiligt habe, sei der Pachtzins um jenen prozentualen Anteil zu reduzie- ren, in welchem sich die D. - im Verhältnis zu den Gesamtkosen - an den Investiti- onen beteiligt habe. Die D. habe denn auch in der Folge gegenüber der Gemeinde sowie im Prozess geltend gemacht, sich wesentlich an den Investitionskosten be- teiligt zu haben (rund Fr. 5'000.-- für die Terrasse;

Fr. 3000.-- für Küchentrennwand), weshalb ihr die Rechtsfolgen gemäss Ziff. 5.2.1 Abs. 3 des besagten Vertrags zustehen würden. Dieser Argumentation kann – wie noch zu zeigen sein wird – nicht gefolgt werden. Soweit die Berufungsklägerin unter Verweis auf ein Schreiben vom 9. Oktober 2008 (kB 17) vor Vorinstanz vorbrachte, selbst bei rechtsgültiger Mietzinserhöhung habe sie rechtsgültig die Einrede der Verrechnung erhoben, weshalb kein Zahlungsrückstand bestanden habe, ist hierzu festzuhalten, dass in diesem Schreiben (kB 17) nirgends von einer Verrechnungseinrede die Rede ist. Im Gegenteil wird Frist angesetzt zur Begleichung der Forderung, was gegen eine Verrechnung spricht. Der Grund für eine ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstands entfällt bei der Verrechnung mit einer Gegenforderung sodann nur dann, wenn diese innert der vom Vermieter gesetzten Nachfrist erklärt wird (Basler juristische Mitteilungen [BJM] 1/2011, S. 22 ff., E. 2.3). Eine Verrechnungseinrede während dieser Zeitspanne ist vorliegend nicht nachgewiesen. Ein Beweis für die Ausgewiesenheit der zur Verrechnung gestellten Forderungen wurde ebenfalls nicht erbracht. Die in der Duplik hierzu beantragte Expertise wurde nicht eingeholt. Eine Erneuerung des Antrags im Berufungsverfahren ist unterblieben. Soweit im Berufungsverfahren – ohne nähere Begründung – eine Reduktion des Mietzinses aufgrund von Investitionen geltend gemacht wird, ist nicht näher darauf einzugehen, zumal an dieser Stelle lediglich zu prüfen ist, ob die Mieterin rechtsgültig in Zahlungsrückstand geraten ist, was – wie den obenstehenden Erwägungen zu entnehmen ist – zu bejahen ist.

E. 10

Die Kündigung wurde schliesslich in Beachtung der gesetzlichen Vorschriften ausgesprochen (vgl. Art. 257d OR). Die Einwendungen, welche die Berufungsklägerin noch vor Vorinstanz vorgebracht, im Berufungsverfahren jedoch nicht mehr wiederholt hat, sind unbehelflich. Soweit die Berufungsklägerin geltend machte, die Kündigung sei nicht begründet worden, gilt es zu beachten, dass eine fehlende Begründung der Kündigung nicht per se zur Ungültigkeit der Kündigung

Seite 15 — 16 führt (Lachat/Thanei, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 601 ff.). Im Übrigen wurde die Kündigung sehr wohl begründet, nämlich mit Schreiben vom 24. März 2009 (bB 12), welches 3 Tage früher als das Kündigungsformular datiert ist, aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs und auch der früheren Kündigungsandrohung (bB 11) aber der Mieterin ohne weiters klar machen musste, weshalb gekündigt wurde. Zudem wurden auch die Fristen von Art. 257 d OR eingehalten. So hat die Gemeinde A. der Berufungsklägerin mit Schreiben vom 20. Januar 2009 eine 60-tägige Frist zur Zahlung des ausstehenden Mietzinses gesetzt und die Kündigung angedroht (bB 11). Am 27. März 2009 hat die Gemeinde A. das Mietverhältnis mit der D. formgerecht mittels amtlichen Formulars auf den 30. April 2009 gekündigt.

E. 11

Im Resultat ist somit die gegenüber der D. ausgesprochene Kündigung gesetzmässig vorgenommen worden, das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen und die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

E. 12

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.-- und einer Schreibgebühr von Fr. 272.--, insgesamt somit Fr. 6'272.--, zu Lasten der D. (223 ZPO/GR in Verbindung mit Art.

122 Abs. 1 ZPO/GR). Diese hat die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren zudem ausseramtlich zu entschädigen (223 ZPO/GR in Verbindung mit Art. 122 Abs. 2 ZPO/GR). Rechtsanwalt Blumenthal macht für das zweitinstanzliche Verfahren einen Aufwand von 7 Stunden und 45 Minuten geltend, was angemessen erscheint. Damit ergibt sich ein Honorar von Fr. 1'860.-- (7.75 x Fr. 240.--). In Berücksichtigung von Spesen in der Höhe von Fr. 43.20 und Mehrwertsteuer (7.6 % von Fr. 1'903.20 = Fr. 144.65) wird die ausseramtliche Entschädigung, welche die D. an die Gemeinde A. zu leisten hat, auf gerundet Fr. 2'047.85 festgesetzt.

Seite 16 — 16 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.