

Tribunal fédéral - 4A\_185/2018  
Ire Cour de droit civil  
Arrêt du 8 octobre 2018

Rénovations ; bail  
commercial

Indemnisation du locataire  
suite à une rénovation de la  
chose louée acceptée par le  
bailleur

Art. 11 al. 2, 260a CO



Selon l'art. 260a al. 3 CO, si, à la fin du bail, la chose louée présente une **plus-value considérable résultant de la rénovation acceptée par le bailleur**, le locataire peut exiger une **indemnité pour cette plus-value**, sous réserve d'une **convention écrite prévoyant des indemnités plus élevées** ; en l'espèce, compte tenu de l'absence de convention écrite, la cour cantonale a à juste titre nié que la locataire avait obtenu l'autorisation de débiter au propriétaire un partage des coûts dans le compte courant ; la forme écrite exigée par l'art. 260a al. 3 CO n'ayant pas été respectée, une indemnisation plus étendue est exclue (consid. 4).

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, Hohl,  
Gerichtsschreiber Hug.

Verfahrensbeteiligte  
A. AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph Burckhardt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alois Schuler,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Forderung; Kontokorrent,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,  
vom 16. Februar 2018 (NG170018-O/U).

Sachverhalt:

A.

B. (Kläger, Beschwerdegegner) ist Willensvollstrecker des am 9. September 2013 verstorbenen C.. Dieser war Verwaltungsratspräsident und Alleinaktionär bzw. Hauptaktionär der von seinem Vater gegründeten A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin), bis er seine Aktien im Jahre 1999 im Rahmen eines Management-Buy-Outs verkaufte.

Am 7. März 2006 vermietete der Kläger der Beklagten einen Teil einer ihm gehörenden Liegenschaft an der Strasse X. in U. "zum Betrieb einer Automobilhandelsstätte/Garagenbetrieb mit Tankstelle und Waschanlage" für einen Mietzins von Fr. 65'000.-- pro Quartal. Der Mietbeginn wurde auf den 1.

April 2006 festgesetzt und es wurde eine feste Mietdauer von acht Jahren mit einer Verlängerungsoption um fünf Jahre vereinbart. Die Beklagte übte diese Option aus.

## B.

B.a. C. gelangte am 21. Juni 2013 an das Bezirksgericht Pfäffikon. Unter Beilage der Klagebewilligung beantragte er, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 307'300.60 nebst Zins von 5 % mit diversen Fälligkeiten zu bezahlen. Er forderte damit die Mietzinse für das vierte Quartal 2012 sowie für das erste und das zweite Quartal 2013. Ausserdem verlangte er eine Entschädigung für den Bezug von Öl für die Einspritzkabine und die Autowaschanlage durch die Beklagte. Nachdem er verstarb, wurde das Verfahren sistiert und im August 2014 wieder aufgenommen. Das Bezirksgericht holte ein Gutachten zum Ölverbrauch der Autowaschanlage ein.

Mit Beschluss vom 26. Juli 2017 schrieb das Bezirksgericht Pfäffikon das Verfahren im Umfang von Fr. 14'400.-- infolge Klagerückzugs als erledigt ab. Mit Urteil vom gleichen Datum verpflichtete es sodann die Beklagte, dem Kläger Fr. 36'456.80 nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 sowie Fr. 9'086.-- aufgelaufener Zins zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1). Im Mehrbetrag wies es die Klage ab (Dispositiv-Ziffer 2). Das Bezirksgericht hielt die von der Beklagten behauptete Kontokorrent-Abrede für bewiesen und kam zum Schluss, die Beklagte habe die eingeklagten Mietzinse in das Kontokorrent eingesetzt und sie seien durch Verrechnung getilgt. Das Gericht kam weiter zum Schluss, es sei auch der von der Beklagten anerkannte Betrag für den Ölbezug für die Einspritzkabine in Höhe von Fr. 72'000.-- in den Kontokorrent eingesetzt worden. Da die Beklagte den Saldo dieses Kontokorrent ihrer Tochtergesellschaft abgetreten hätte, hielt das Bezirksgericht die Beklagte nicht mehr für passivlegitimiert. Soweit jedoch die Forderung des Klägers für die Ölentnahme betreffend die Autowaschanlage nicht in den Kontokorrent eingesetzt worden sei, sprach das Bezirksgericht die Forderung zu.

B.b. Mit Beschluss und Urteil vom 16. Februar 2018 merkte das Obergericht des Kantons Zürich vor, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017 rechtskräftig sei. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers hob das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid im Übrigen auf und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger insgesamt Fr. 225'655.20 nebst Zins mit verschiedenen Fälligkeiten zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1). Das Obergericht bestätigte zwar, dass zwischen den Parteien eine Kontokorrentbeziehung bestanden habe, kam indes zum Schluss, dass die Beklagte zur Belastung dieses Kontos mit den Umbaukosten für die Mietliegenschaft nicht berechtigt gewesen sei und die Verbuchung der entsprechenden Beträge keine Tilgungswirkung gehabt hätte. Ausserdem sprach das Obergericht die von der Beklagten anerkannte Forderung von Fr. 72'000.-- für den Ölbezug der Spritzanlage sowie von Fr. 5'775.20 für den Ölverbrauch der Autowaschanlage zu.

## C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen sowie subsidiärer Verfassungsbeschwerde stellt die Beklagte die Anträge, es sei Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017 zu bestätigen, und demgemäss ihre Verpflichtung zur Bezahlung von insgesamt Fr. 225'655.20 (zuzüglich 5 % Zins ab Laufzeiten gemäss Dispositiv) aufzuheben; eventualiter sei das Verfahren zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zum Neuentscheid im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an das Obergericht des Kantons Zürich zurückzuweisen. Ausserdem beantragt sie eine Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids über die Kosten. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Art. 260a Abs. 3 OR und von Art. 2 ZGB sowie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts; in diesem Rahmen reicht sie Noven ein.

Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde in Zivilsachen sei abzuweisen und auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde sei nicht einzutreten; eventuell sei sie abzuweisen. Die Parteien haben unaufgefordert repliziert und dupliziert.

D.

Mit Verfügung vom 13. Juni 2018 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, nachdem der Beschwerdegegner erklärt hatte, er werde keine Vollstreckungsmassnahmen einleiten.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 141 III 395 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.1. Die Beschwerde in Zivilsachen richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG), der in einer Zivilsache (Art. 72 BGG) von einem oberen kantonalen Gericht als Rechtsmittelinstanz erlassen worden ist (Art. 75 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 BGG). Der Streitwert ist erreicht (Art. 74 BGG) und die Beschwerdefrist eingehalten. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist - unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) - einzutreten.

1.2. Soweit die Beschwerdeführerin zusätzlich eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhebt, verkennt sie die Natur der Einheitsbeschwerde und ist nicht ersichtlich, was sie beanstandet. Jedenfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, sofern sie sich nicht gegen den angefochtenen Entscheid des oberen kantonalen Gerichts (Art. 75 BGG) richten sollte. Insofern die Beschwerdeführerin hingegen davon ausgeht, die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts könne nur mit einer subsidiären Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG gerügt werden, schadet die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels nicht (BGE 133 II 396 E. 3.1; 131 I 291 E. 1.3); zumal sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

2.

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nach Art. 99 Abs. 1 BGG nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt.

2.1. Die Beschwerdeführerin reicht drei Gutschriftsanzeigen vom 10. Oktober 2008, 23. Januar 2009 und 9. März 2009 ein, deren beide ersten von je Fr. 500'000.-- 50 bzw. 7 Tage vor der Belastung des Kontokorrents im gleichen Umfang ergangen seien und als Zahlungsgrund "Sanierung U., Werkstatt und Lagergebäude, Strasse X." erwähnten. Mit diesen Belegen wolle sie "untermalen", dass C. gewusst und verstanden habe, worum es beim fraglichen Umbau ging und wie der Kostenverteiler aussah.

2.2. Die Beschwerdeführerin verkennt die Voraussetzungen der Zulässigkeit neuer Beweise mit dem Vorbringen, sie reiche diese angesichts der völlig unerwarteten Kehrtwende des Obergerichts zu den Akten. Die Beteiligung des ursprünglichen Klägers C. am Umbau war im ganzen Verfahren streitig. Mit einer abweichenden Würdigung dieser Streitfrage musste die Beschwerdeführerin daher stets rechnen. Sie hätte Anlass gehabt, sämtliche damit in Zusammenhang stehenden Beweismittel prozesskonform im kantonalen Verfahren einzureichen. Es kann keine Rede davon sein, dass dazu erst der angefochtene Entscheid Anlass gegeben hätte. Die Noven sind unbeachtlich.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihren verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verkannt, weil sie Beweise nicht abgenommen habe. Als Folge

hiervon habe sie zudem den Sachverhalt insoweit offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG festgestellt.

3.1. Nach Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 152 ZPO hat die beweispflichtige Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 143 III 297 E. 9.3.2). Dieser Anspruch setzt einen Beweisantrag voraus, der den Anforderungen der ZPO entspricht. Die Vorinstanz hat kein Verfassungs- bzw. Bundesrecht verkannt, wenn sie Beweisanträge nur insoweit zulies, als sich diese auf konkrete Tatsachenbehauptungen bezogen (BGE 144 III 67 E. 2.1 mit Hinweisen).

3.2. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz zutreffend erkannt, dass die Beschwerdeführerin hätte behaupten müssen, wann und wie es zur Mitteilung der Baukosten gekommen sei und ob diese Belastungen von C. gebilligt worden seien. Weder Beweisanträge als solche noch eine Beweisverfügung können die erforderlichen Behauptungen ersetzen, sondern setzen solche vielmehr voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 mit Hinweis). Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs bzw. des Rechts auf Beweis liegt nicht vor. Da sich die in diesem Zusammenhang ebenfalls erhobene Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 97 BGG einzig als Folge der behaupteten, aber sich als unbegründet erwiesenen fehlenden Beweisabnahme geltend gemacht wurde, ist ihr der Boden entzogen. Die Sachverhaltsrüge erweist sich damit ebenfalls als unbegründet.

4.

**Nach Art. 260a OR kann der Mieter Erneuerungen und Änderungen an der Sache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat (Abs. 1). Hat er zugestimmt, kann er die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist (Abs. 2). Weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung, welcher der Vermieter zugestimmt hat, einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen; weitergehende schriftlich vereinbarte Entschädigungsansprüche bleiben vorbehalten (Abs. 3).**

4.1. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) belastete die Beschwerdeführerin dem Konto von C. am 1. Dezember 2008 und am 30. Januar 2009 je Fr. 500'000.-- und am 31. Oktober 2009 Fr. 623'896.98, insgesamt somit Fr. 1'623'896.95. Die Vorinstanz hat in willkürfreier Würdigung der Beweise geschlossen, mit den drei umstrittenen Belastungen sei nicht eine zwischen den Parteien vorher geschlossene Vereinbarung vollzogen worden. Vielmehr habe nur eine rudimentäre Verständigung über eine Kostenbeteiligung von C. bestanden, die wesentliche Punkte offen gelassen habe. Sie schloss daher, C. habe mit einer solchen Belastung im von der Beschwerdeführerin geführten Kontokorrent nicht rechnen müssen und müsse sich diese nicht entgehen lassen, zumal eine ausdrückliche Genehmigung nicht behauptet sei.

4.2. Die Beschwerdeführerin zitiert eine Passage aus dem angefochtenen Urteil, wonach C. nach der konkludenten Abmachung der Parteien die Kontoführung durch die Beschwerdeführerin stillschweigend genehmigte, soweit er nichts von sich hören liess. Sie unterdrückt die folgende Erwägung, wonach dies nur solange galt, als sie das Vertrauen nicht missbrauchte und sie keine Buchungen vornahm, mit denen C. nach Treu und Glauben nicht rechnen musste. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin ist mutwillig.

4.3. **Die Vorinstanz hat in Würdigung der rechtserheblichen und prozesskonform in das Verfahren eingebrachten Beweise geschlossen, dass keine schriftliche Vereinbarung bestehe, welche den Anforderungen von Art. 260a Abs. 3 OR genügt.** Die Beschwerdeführerin hatte danach behauptet, die Parteien hätten sich "in verbindlicher Form auf den Kostenteiler" geeinigt, dabei jedoch nicht

einmal klar und widerspruchsfrei behaupten können, wie dieser Kostenteiler gelautet haben soll. Dass erst recht keine schriftliche Vereinbarung existiert, stellt die Vorinstanz verbindlich fest und wird nicht in Frage gestellt durch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, es wäre "in der Retrospektive sicher hilfreich gewesen, hätten die Parteien mit einer schriftlichen Vereinbarung erhöhte Klarheit geschaffen". **Mangels schriftlicher Vereinbarung hat die Vorinstanz zutreffend eine behauptete Berechtigung der Beschwerdeführerin verneint, dem Eigentümer gestützt auf Art. 260a Abs. 3 OR während des bestehenden Mietverhältnisses eine Kostenbeteiligung im Kontokorrent zu belasten. Denn ist nichts anderes bestimmt, so hängt die Gültigkeit einer allfälligen Vereinbarung von der Beobachtung der Schriftform ab** (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR). **Die in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin angeführten Zitate der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffen die in Art. 260a Abs. 3 OR vorbehaltene schriftliche Vereinbarung über eine weitergehende Kostenbeteiligung nicht. Da die Beschwerdeführerin insoweit eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lässt, ist hierauf nicht weiter einzugehen** (vgl. BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368; 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 140 III 115 E. 2 S. 116; je mit Hinweisen).

**4.4. Die Vorinstanz hat ohne Bundesrechtsverletzung erkannt, dass die nach Art. 260a Abs. 3 OR für eine weitergehende Vereinbarung erforderliche Schriftform nicht eingehalten ist.** Sie hat das Vorbringen der Beschwerdeführerin verworfen, wonach die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich sei. Es kann auf die entsprechenden zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin zu auferlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Diese hat dem anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner die Parteikosten für das Verfahren vor Bundesgericht zu ersetzen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Oktober 2018

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Hug