

Urteil vom 18. August 2014

ZK1 2013 35

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,
Pius Schuler und Jörg Meister,
Gerichtsschreiberin MLaw Annika Flattich.

In Sachen **A.**_____,
Kläger und Berufungsführer,

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt C._____,

betreffend Mietrecht
(Berufung gegen das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom
28. August 2013, E2 2010 28);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. A._____ und die B._____ AG schlossen am 9. Dezember 2005 einen unbefristeten Mietvertrag (Vi-act. C, BB 2) über das Loft/Atelier Nr. xx an der F._____strasse yy in Schindellegi. Gemäss dem Mietvertrag betrug der vereinbarte Nettomietzins anfänglich Fr. 625.00 pro Monat. Es wurden überdies Akontozahlungen für Heiz- und Nebenkosten in der Höhe von monatlich Fr. 25.00 vereinbart.

B. a) Mit Klage vom 22. April 2010 stellte A._____ beim Bezirksgericht Höfe die folgenden Rechtsbegehren (Vi-act. A.I.b):

- 1.1 Die Beklagte sei zu verpflichten, die Baukonstruktion des klägerischen Ateliers derart umzugestalten und zu sanieren, dass kein Schimmelpilz-Befall bzw. Feuchtschäden vorhanden sind. Bis zur Umsetzung dieser Massnahme durch den Vermieter sei der monatliche Mietzins seit dem 19. Dezember 2008 mit Fr. 349.50 herabzusetzen und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger zu viel geleistete Mietzinse bis und mit April 2010 über Fr. 5'739.00 nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2009 zurückzuerstatten. Dies unter dem Vorbehalt der Klageerhöhung.
- 2.1 Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen schliessbaren Lagerraum gemäss Mietvertrag vom 9. Dezember 2005 zur Verfügung zu stellen.
- 2.2 Die Beklagte sei gestützt auf Art. 259e OR zu verpflichten, dem Kläger Fr. 119.00 als Schadenersatz nebst Zins zu 5% seit dem 18. Dezember 2009 zu bezahlen, unter dem Vorbehalt der Klageerhöhung.
- 2.3 Die Beklagte sei gestützt auf Art. 259e OR zu verpflichten, dem Kläger Fr. 100.00 als Schadenersatz nebst Zins zu 5% seit dem 18. Dezember 2009 zu bezahlen, unter dem Vorbehalt der Klageerhöhung.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

b) Die B._____ AG trug in ihrer Klageantwort vom 6. September 2010 auf vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers an (Vi-act. A.II).

C. a) Am 9. Februar 2011 (Poststempel: 11. Februar 2011) stellte A._____ replicando die folgenden Anträge (Vi-act A.III):

1.1 Die Beklagte sei zu verpflichten, die Baukonstruktion des klägerischen Ateliers derart umzugestalten und zu sanieren, dass kein Schimmelpilz-Befall bzw. Feuchtschäden vorhanden sind. Bis zur Umsetzung dieser Massnahme durch den Vermieter sei der monatliche Mietzins seit dem 19. Dezember 2008 mit Fr. 379.00 herabzusetzen und dem Kläger zu viel geleistete Mietzinse nebst Zins zu 5% zurückzuerstatten. Dies unter dem Vorbehalt der Klageerhöhung bis nach Durchführung des Beweisverfahrens.

2.1 Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen schliessbaren Lagerraum zur Verfügung zu stellen. Bis zur Umsetzung dieser Massnahme durch den Vermieter sei der monatliche Mietzins seit dem 18. Dezember 2009 mit Fr. 5.00 herabzusetzen und dem Kläger zu viel geleistete Mietzinse nebst Zins zu 5% zurückzuerstatten. Dies unter dem Vorbehalt der Klageerhöhung bis nach Durchführung des Beweisverfahrens.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

b) Die B._____ AG reichte am 23. Mai 2011 ihre Duplik ein, in welcher sie beantragte was folgt (Vi-act. A.IV):

1. Ziffer 1.1 des Rechtsbegehrens sei abzuweisen.
2. Ziffer 2.1 des Rechtsbegehrens sei abzuweisen und es sei für das bestehende faktische Mietverhältnis zwischen den Parteien betreffend Lager ein Mietzins von Fr. 15.00 festzulegen.

D. Mit Urteil vom 28. August 2013 entschied der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe was folgt:

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtskosten bestehend aus:

a) Gerichtsgebühren	Fr.	7'000.00
b) Expertise	Fr.	5'365.45
c) Ausfertigungsgebühren	Fr.	253.50
d) Auslagen/Zustellgebühren	Fr.	691.40
total	Fr.	<u>13'310.35</u>

werden dem Kläger auferlegt. Diese werden von den geleisteten Kostenvorschusszahlungen von total Fr. 6'000.-- bezogen. Der Kläger hat somit der Gerichtskasse Fr. 7'310.35 zu bezahlen.
3. Der Kläger hat die Beklagte ausserrechtlich mit Fr. 8'500.-- zu entschädigen.
4. (Rechtsmittelbelehrung)
5. (Zufertigung)

E. a) Dagegen erhob A. _____ (nachfolgend: Berufungsführer) am 16. Dezember 2013 Berufung mit folgenden Rechtsbegehren (act. 1):

1. Das einzelrichterliche Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom 28. August 2013 sei aufzuheben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Mangel des Schimmelpilzbefalls zu beheben. Bis zur Umsetzung dieser Massnahme durch die Beklagte sei der monatliche Mietzins seit dem 19. Dezember 2008 mit Fr. 379.00 herabzusetzen und dem Kläger zu viel geleistete Mietzinse nebst Zins zu 5% zurückzuerstatten.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Schadenersatz für seine anwaltlichen und technischen Kosten zu leisten.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Mangel des Lagerraums zu beheben. Bis zur Umsetzung dieser Massnahme durch die Beklagte sei der monatliche Mietzins seit dem 18. Dezember 2009 mit Fr. 5.00 herabzusetzen und dem Kläger zu viel geleistete Mietzinse zu 5% zurückzuerstatten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Der Berufungsführer stellte überdies die folgenden Verfahrensanträge:

1. Dem Kläger sei die Einsicht in sämtlichen Unterlagen und Einzelheiten der Expertise zu gewähren.
2. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

b) Die B. _____ AG (nachfolgend: Berufungsgegnerin) trug in ihrer Berufungsantwort vom 24. Februar 2014 auf vollumfängliche Abweisung der Berufung an – soweit darauf einzutreten sei – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsführerin (act. 10). Ferner beantragte sie die Abweisung der Verfahrensanträge des Berufungsführers.

c) Mit prozessleitender Verfügung vom 5. März 2014 entschied der Kantonsgerichtsvizepräsident, dass ein zweiter Schriftenwechsel einstweilen nicht vorgesehen sei. Zudem hielt er fest, dass über den Antrag, Einsicht in sämtliche Unterlagen und Einzelheiten der Expertise zu erhalten, zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde (act. 13).

d) Mit unaufgeforderter Eingabe vom 14. Juli 2014 ergänzte der Berufungsführer seine Berufungsschrift und nahm Stellung zur Berufungsantwort (act. 14). Diese Schreiben wurde der Berufungsgegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 15), woraufhin die Berufungsgegnerin am 25. Juli 2014 Stellung nahm (act. 16). Das Kantonsgericht bediente den Berufungsführer am 28. Juli 2014 mit dieser Stellungnahme (act. 17).

Auf die Vorbringen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung überdies nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Als

Wert wiederkehrender Nutzung oder Leistung gilt der Kapitalwert. Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung (Art. 92 ZPO). Der Berufungsführer fordert eine Mietzinsreduktion von monatlich Fr. 379.00 seit dem 19. Dezember 2008. Keine der Parteien macht geltend, dass das Mietverhältnis befristet oder inzwischen beendet ist. Die umstrittene Mietzinsherabsetzung von monatlich Fr. 379.00 ergibt jährlich Fr. 4'548.00 und erweitert um das Zwanzigfache Fr. 90'960.00. Die beantragte Mietzinsherabsetzung betreffend den Lagerraum in Höhe von Fr. 5.00 monatlich entspricht einer jährlichen Nutzung von Fr. 60.00. Der diesbezüglich als Streitwert massgebende Kapitalwert beträgt somit Fr. 1'200.00. Insgesamt ist deshalb von einem Streitwert in Höhe von Fr. 92'160.00 auszugehen. Damit wird der für die Berufung erforderliche Streitwert erreicht.

2. Der Berufungsführer verlangt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels im Berufungsverfahren. Diesen Verfahrens Antrag begründet er einerseits mit der ihm verweigerten Akteneinsicht in Bezug auf das gerichtliche Gutachten (hierzu nachfolgend E. 3) und andererseits mit der verspäteten Zustellung der Urteilsbegründung des angefochtenen Entscheids. Im Wesentlichen bringt er vor, dass er die Urteilsbegründung erst am 29. November 2013 erhalten habe. Die Publikation des Urteilsdispositivs im kantonalen Amtsblatt sei bereits am _____ erfolgt. Er habe somit für die Ausarbeitung der Berufungsschrift lediglich 17 Tage zur Verfügung gehabt. Die Publikation im Amtsblatt sei erfolgt, weil ihm das Urteil nicht habe postalisch zugestellt werden können. Ihn treffe kein Verschulden an der verspäteten Zustellung. Ein zweiter Schriftenwechsel würde ihm seinen rechtlichen Anspruch auf zusätzliche Zeit für die Berufungsbegründung gewähren.

a) aa) Für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung bereits rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Unter den

Begriff „Verfahren“ im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO fallen alle Rechtsfragen bei der Behandlung eines Rechtsschutzgesuches, die keinem anderen Verweisungsbegriff (Art. 404 Abs. 2 ZPO: örtliche Zuständigkeit, Art. 405 Abs. 1 ZPO: Rechtsmittel, Art. 405 Abs. 2 ZPO: Revision, Art. 406 ZPO: Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung, Art. 407a ZPO: Verfahrenshandlungen im Zusammenhang mit dem Beweisprotokoll ab dem 1. Mai 2013) zugeordnet werden können (Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 404 N 12, 18). Eine Anpassung an das neue Verfahrensrecht darf nur insoweit erfolgen, als nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung ein Entscheid ergeht, der mit einem neurechtlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Damit die Anfechtung gewährleistet ist, hat der Entscheid bezüglich Inhalt und Eröffnung den Anforderungen des neuen Rechts (Art. 238 ff. ZPO) zu genügen (Willisegger, a.a.O., Art. 404 N 19; vgl. auch Walther, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 404 N 7 sowie Sterchi, ebenda, Art. 405 N 2).

Für die Rechtsmittel gilt sodann das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das Bundesgericht hat hierzu entschieden, dass der Begriff der „Eröffnung“ im Sinne von Art. 405 Abs. 1 ZPO bundesrechtlicher Natur ist und als massgeblicher Zeitpunkt der Versand des Urteilsdispositivs (mit oder ohne Urteilsbegründung) durch das Gericht zu gelten hat (BGE 137 III 130, E. 2; vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 405 N 2). Ob der Entscheid, gegen welchen ein neurechtliches Rechtsmittel ergriffen wird, als (richtig) eröffnet gilt, ist demnach gestützt auf Bundesrecht und nicht nach der bisherigen kantonalen Zivilprozessordnung zu entscheiden. Vorliegend kann gegen den Entscheid des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 28. August 2013 gestützt auf Art. 405 Abs. 1 ZPO die neurechtliche Berufung erhoben werden. Für die Eröffnung des vorderrichterlichen Entscheids ist daher auf die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung abzustellen.

bb) Das Gericht kann seinen Entscheid durch Zustellung des Dispositivs ohne schriftliche Begründung eröffnen (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO). Es ist dem erstinstanzlichen Gericht somit freigestellt, den Entscheid mit einer schriftlichen Begründung zu eröffnen. Die Zustellung des begründeten Entscheids hat nach den Vorschriften von Art. 138 ff. ZPO zu erfolgen (Killias, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 239 N 15). In der Regel gilt der begründete Entscheid daher mit erfolgter Zustellung der eingeschriebenen Postsendung als eröffnet (vgl. Art. 138 Abs. 1, 2 und 3 ZPO). Ist die Zustellung des begründeten Entscheids mittels eingeschriebener Postsendung und damit die Eröffnung des Urteils auf diesem Weg unmöglich, erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). Dazu werden das Urteilsdispositiv des Entscheids und das Rubrum publiziert, mit dem Hinweis, dass bei der Gerichtskanzlei ein vollständiges Exemplar für den Adressaten aufliegt (Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, Art. 141 N 5). In diesem Fall gilt der begründete Entscheid mit Publikation im Amtsblatt als eröffnet (vgl. Art. 141 Abs. 2 ZPO).

cc) Schliesslich beginnt mit der Eröffnung des begründeten Entscheids die 30-tägige Berufungsfrist zu laufen. Die Berufung ist innert dieser Frist schriftlich und begründet bei der Berufungsinstanz einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die berufungsführende Partei hat ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 311 N 36). Weil die Berufungsfrist als gesetzliche Frist nicht erstreckbar ist (Art. 144 Abs. 1 ZPO), darf bei ungenügender Begründung keine Nachfrist zur Behebung des Mangels angesetzt werden. Dies bedeutet, dass eine nicht ansatzweise genügende Begründung nicht auf dem Umweg über Art. 132 ZPO nach Ablauf der Berufungsfrist noch verbessert werden kann (Sterchi, a.a.O., Art. 311 N 21).

gründung, tritt die Berufungsinstanz auf das Rechtsmittel somit nicht ein (BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2).

b) Die Zivilprozessordnung sieht als Regelfall im Rechtsmittelverfahren einen Schriftenwechsel vor (vgl. Art. 312 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend hat jede Partei gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 EMRK einen unbedingten Anspruch darauf, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung zu nehmen (sogenanntes unbedingtes Replikrecht; vgl. BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4). Bei diesem Anspruch geht es aber darum, dass die betroffene Partei konkret Stellung nimmt zu einer vorangehenden Eingabe der Gegenpartei; dieser Anspruch dient nicht der Ergänzung einer eigenen Rechtschrift. Namentlich ist der zweite Schriftenwechsel dann angebracht, wenn eine Partei in der Berufung, in der Berufungsantwort oder mit einer allfälligen Anschlussberufung erhebliche neue Tatsachen vorbringt und die Rechtsmittelinstanz von einer mündlichen Verhandlung absieht (Sterchi, a.a.O., Art. 316 N 16).

c) Vorliegend beabsichtigte der Vorderrichter von Anfang an die Eröffnung des Entscheids mit schriftlicher Begründung (vgl. Vi-act. E.65). Die Eröffnung des begründeten Entscheids gegenüber dem Berufungsführer scheiterte indessen zunächst an der nicht möglichen Zustellung mittels eingeschriebener Postsendung (vgl. Vi-act. E.65). Der Vorderrichter eröffnete den Entscheid deshalb gegenüber dem Berufungsführer gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO mittels Publikation im kantonalen Amtsblatt (vgl. Vi-act. E.67 und 68), wobei praxisgemäss das Urteilsdispositiv sowie das Rubrum veröffentlicht wurden mit dem Hinweis, dass ein vollständiges Urteil auf der Gerichtskanzlei bezogen werden kann. Die Eröffnung des (angefochtenen) Urteils erfolgte somit rechtskonform. Eine mangelhafte Eröffnung des Entscheids, aus welcher dem Berufungsführer ein Rechtsnachteil erwachsen ist, liegt nicht vor. Der Berufungsführer hätte ein vollständiges Exemplar des Urteils unverzüglich

nach der Publikation im Amtsblatt auf der Bezirksgerichtskanzlei Höfe einsehen können. Die Publikation erfolgte an einem Werktag, so dass der Berufungsführer noch am selben Tag hätte vom gesamten Urteil Kenntnis nehmen können. Dass ihm dies verweigert wurde, macht er gerade nicht geltend. Die Argumentation des Berufungsführers in Bezug auf den verlangten zweiten Schriftenwechsel verfängt somit nicht. Der zweite Schriftenwechsel bezweckt nicht, dem Berufungsführer zu ermöglichen, seine Berufungsschrift hinsichtlich der Begründung seiner Vorbringen zu ergänzen bzw. zu verbessern. Andernfalls käme dies einer unzulässigen Verlängerung der gesetzlichen Berufungsfrist gleich. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Berufungsführer das vollständige Urteil erst am 29. November 2013 mit der Post zugestellt erhielt. Die Berufungsfrist begann mit der Publikation im Amtsblatt vom _____ von Gesetzes wegen zu laufen. Überdies ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Berufungsführer genügend Zeit für die Ausarbeitung einer rund 36-seitigen Berufungsschrift hatte und ihm dennoch eine rechtzeitige Begründung seiner Berufungsanträge Ziff. 3 und 4 bzw. eine Stellungnahme zu den vorderrichterlichen Erwägungen Ziff. 8 und 9 nicht möglich gewesen sein soll. Der vom Berufungsführer verlangte zweite Schriftenwechsel kann von Vorneherein nicht dem Nachholen eines Säumnisses betreffend seine Berufungsbegründung dienen. Weil es in der Berufungsschrift vom 16. Dezember 2013 (act. 1) an jeglicher Begründung der Berufungsanträge Ziff. 3 und 4 fehlt, ist auf diese nicht einzutreten. Daran vermag der Berufungsführer auch nichts mit seiner unaufgeforderten Eingabe vom 10. Juli 2014 zu ändern, soweit er darin seine Berufungsbegründung vom 16. Dezember 2013 ergänzt (act. 14, Ziff. I).

d) Zu den Ausführungen des Berufungsführers in seiner unaufgeforderten Eingabe vom 10. Juli 2014, welche er replicando vorbrachte (vgl. act. 14, Ziff. II), ist festzuhalten, dass ein zweiter Schriftenwechsel lediglich angezeigt (aber nicht zwingend vorgeschrieben) gewesen wäre, wenn die Berufungsgegnerin in ihrer Berufungsantwort Noven vorgebracht hätte, was sie indessen nicht tat. Nichtsdestotrotz gewähren Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK dem

Berufungsführer ein unbedingtes Replikrecht (vgl. E. 2.b). Zur Wahrung des unbedingten Replikrechts genügt es aber grundsätzlich, dass den Parteien die Eingaben zur Kenntnisnahme zugestellt werden, wenn von ihnen, namentlich von anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen, erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen (BGE 138 I 484, E. 2.4). Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusehen. Nach Treu und Glauben hat dies umgehend zu erfolgen (BGer 5A_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4). Der Berufungsführer ist nicht anwaltlich vertreten, weshalb von ihm nicht verlangt werden kann, die Rechtsprechung zum unbedingten Replikrecht zu kennen. Insoweit als seine replicando vorgebrachten Ausführungen entscheidrelevant wären, wären diese somit zu berücksichtigen.

3. Zwischen den Parteien besteht seit dem 15. Dezember 2005 ein Mietverhältnis betreffend ein Loft/Atelier an der F._____strasse yy in Schindellegi (Vi-act. C, BB 2). Unbestrittenermassen ist dieses Mietobjekt von Schimmelpilz befallen. Die Parteien sind sich indessen uneinig darüber, auf was die Schimmelpilzbildung zurückzuführen ist. Währendem der Berufungsführer davon ausgeht, dass die mangelhafte Baukonstruktion Grund dafür sei, ist die Berufungsgegnerin der Meinung, dass die Ursache des Schimmelpilzes im mangelhaften Lüften des Mietobjektes durch den Berufungsführer liegt. Zur Klärung dieser Frage holte der Vorderrichter ein Gutachten ein.

a) Der Berufungsführer rügt in Bezug auf das gerichtliche Gutachten zunächst die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er habe im vorderrichterlichen Verfahren am 21. November 2012, am 18. November 2013, am 29. November 2013 und am 5. Dezember 2013 die Edition der Unterlagen und Einzelheiten der Expertise beantragt. Da diese Belege eine wesentliche Grundlage der Expertise und des angefochtenen Urteils bilden wür-

den, habe er einen Anspruch darauf, diese einzusehen und dazu Stellung zu nehmen. Der Experte habe während drei Wochen die Ursache der Schimmelbildung im Mietobjekt untersucht. Unter anderem habe dieser im Abstand von fünf Minuten die relative Feuchtigkeit, die Lufttemperatur sowie die Temperatur der vielen Oberflächenmesspunkte gemessen. Diese umfangreichen Messdateien sowie andere Unterlagen, Fotografien, Berechnungen und Einzelheiten würden die wesentliche Grundlage für die Schlussfolgerungen des Experten bilden. Namentlich würden Unterlagen und Messdateien zum Messpunkt 1 fehlen, welcher gemäss dem Experten nach ca. einer Stunde infolge eines falschen Messsignals ausgefallen sei. Der Messpunkt 1 stelle den einzigen korrekt gewählten Messpunkt dar, da er eine Fläche des Mietobjektes gegen Aussen messe, wodurch die Wärmedämmung und Wärmebrücken beurteilt werden könnten. Der Experte habe unzulässige Wärmebrücken nur deshalb ausgeschlossen, weil keine Messdateien für den Messpunkt 1 vorhanden gewesen seien. Entsprechend habe der Experte einen Mangel am Mietobjekt verneint. Aus diesem Grund und weil das Urteil auf das gerichtliche Gutachten abstelle, würden die verlangten Belege auch eine wesentliche Grundlage des vorderrichterlichen Entscheids bilden.

b) Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; § 52 Abs. 1 aZPO; Art. 53 Abs. 1 ZPO). Aus dem rechtlichen Gehör ergibt sich für die Parteien eines Verfahrens das vorbehaltlose Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten (§ 52 Abs. 2 aZPO; vgl. Art. 53 Abs. 2 ZPO; Kiener/Kälin, Grundrechte, 2. Auflage, Bern 2013, S. 503, mit Verweis auf BGE 129 I 249, E. 3). Dieses Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten, die geeignet sind, die Grundlage des Entscheids zu bilden (BGE 132 V 387, E. 3.2). Daraus ergibt sich auch ein Anspruch auf Aktenvollständigkeit und die Pflicht der Behörden, alle entscheiderelevanten Vorgänge in den Akten festzuhalten (BGE 130 II 473, E. 4).

c) Ein Gutachten umfasst die begründete Darstellung von Erfahrungssätzen und die Ableitung von Schlussfolgerungen betreffend eine Sachfrage für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands durch eine oder mehrere Sachverständige (Rüetschi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 183 N 1 f.). Es soll alle zu begutachtenden wesentlichen Elemente enthalten und gleichzeitig möglichst knapp, konzentriert und informativ sein (Rüetschi, a.a.O., Art. 183 N 26). Aus dem Gutachten muss lückenlos ersichtlich sein, worauf der Experte seine Schlussfolgerungen stützt. Dementsprechend sollte ein Gutachten unter anderem allfällige Beilagen wie Fotos, Pläne, Skizzen, Berechnungen und Auswertungen enthalten, soweit diese nicht bereits in die anderen Teile des Gutachtens integriert sind (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 187 N 3a; Bühler, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, in: AJP 1999, S. 572 f.).

d) Nach Erstattung des Gutachtens erhalten die Parteien Gelegenheit, zum Gutachten Stellung zu nehmen und seine Erläuterung oder Ergänzung zu beantragen (§ 152 aZPO). Damit wird den Parteien das Recht eingeräumt, das Gericht auf die richterlichen Anordnungen im Sinne von § 153 aZPO hinzuweisen. Mit anderen Worten umfasst die Stellungnahme zum Gutachten Anträge auf Erläuterung oder Ergänzung des Befundes; gleichzeitig haben die Parteien aber auch ihre Bemerkungen zur Würdigung des Gutachtens vorzubringen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 180 N 2; vgl. § 153 aZPO). Nimmt eine Partei eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vor, so ist sie säumig und das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt (vgl. § 103 ZPO SZ). Vorbringen gelten nur dann als nicht verspätet, wenn die Anträge erst im Laufe des Prozesses veranlasst wurden, wenn Behauptungen, Bestreitungen und Einreden sofort durch Urkunden bewiesen werden können oder sich deren Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt, wenn die Partei glaubhaft

macht, dass sie Tatsachen, Bestreitungen und Einreden aus zureichenden Gründen nicht rechtzeitig vorbrachte, wenn das Gericht Tatsachen von Amtes wegen zu beachten hat oder wenn die Behauptungen und Bestreitungen nach gerichtlichen Anordnungen als Folge der Befragung durch den Richter erfolgen (§ 104 aZPO). Diese in § 104 aZPO genannten Ausnahmefälle sind eng auszulegen; im Zweifel darf auf ein Novum nicht mehr eingetreten werden. Absichtliche oder fahrlässige Säumnis einer Partei verdient keinen Schutz (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., 3. Auflage, Zürich 1997, § 115 ZPO N 1 und 5; RK1 2007 24 vom 9. Juni 2007, E. 7.a).

e) Das gerichtliche Gutachten von D. _____, vom 12. April 2012 (vgl. Vi-act. D.4.1) wurde den Parteien unter Ansetzung einer Frist zur schriftlichen Stellungnahme zugestellt (Vi-act. D.5). Die Parteien wurden ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie die Erläuterung, Ergänzung oder Bestellung eines anderen Gutachters verlangen können. Der damals anwaltlich vertretene Berufungsführer liess sich am 12. Juni 2012 rechtzeitig zum gerichtlichen Gutachten vernehmen (Vi-act. D.7). Darin erhob er diverse Einwendungen gegen das Gutachten. Indessen beanstandete er in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2012 nicht, dass die einzelnen Messresultate (bei dem gewählten Messintervall von fünf Minuten ergibt dies pro Messpunkt täglich 288 einzelne Messresultate) pro Messpunkt und Tag zusammengefasst und grafisch dargestellt wurden (vgl. Vi-act. D.4.1, Anhänge). Mithin hat er die Richtigkeit der aufgeführten und zusammengefassten Messresultate nicht bestritten. Die prozessuale Obliegenheit von § 103 aZPO gebot aber, dass er die Richtigkeit der Messresultate bzw. die Darstellung der einzelnen Messresultate als Zusammenfassung eines Tagesergebnisses bereits mit seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2012 gerügt hätte. Weil der Berufungsführer dies nicht tat, haben die Messergebnisse bzw. die grafische Darstellung als Zusammenfassung von Tagesergebnissen als anerkannt zu gelten. Erst in seiner Stellungnahme vom 21. November 2012 zum Ergänzungsgutachten von D. _____ vom 30. August 2012 (vgl. Vi-act. D.9), in welchem es um die Beantwortung der vom Vor-

derrichter und vom Berufungsführer gestellten Ergänzungsfragen ging, verlangte der Berufungsführer Einsicht in sämtliche Unterlagen und Einzelheiten des Gutachtens (Vi-act. D.12, S. 2, prozessualer Antrag Ziff. 4). Dieses Vorbringen hat als verspätet zu gelten, denn dem Berufungsführer war seit der Zustellung des Gutachtens vom 12. April 2012 bekannt, dass das Gutachten eine Zusammenfassung und nicht die detaillierte Auswertung der Messresultate enthält. Zumindest hätte schon der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. § 46 Abs. 1 aZPO) geboten, dass der Berufungsführer bereits in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2012 nicht nur Ergänzungsfragen stellte, sondern auch die Edition sämtlicher Messresultate verlangt hätte, zumal die detaillierten Auswertungen offensichtlich auch dem Vorderrichter nicht vorlagen. Aus diesem Grund ist auch nicht ersichtlich, dass der Vorderrichter die einzelnen Messresultate bzw. die detaillierten Auswertungen des Experten in irgendeiner Weise berücksichtigte bzw. dass diese im angefochtenen Entscheid ihren Niederschlag gefunden hätten. Vielmehr konnten die detaillierten Auswertungen gar nicht Grundlage des angefochtenen Entscheids bilden, weil sie nicht bei den Verfahrensakten lagen. Demzufolge kann nicht beanstandet werden, dass sich die vom Vorderrichter gewährte Akteneinsicht auf die dem Gericht vorliegenden Akten erstreckte. Ebenfalls musste der Vorderrichter nicht auf das verspätete (sinngemässe) Begehren um Ergänzung des Gutachtens durch die detaillierten Auswertungen der Messungen eintreten. Ein Einschreiten von Amtes wegen, wie dies § 153 aZPO statuierte, war nicht erforderlich, da das Gutachten sämtliche Messresultate – wenn auch in zusammengefasster Form – enthielt und diesbezüglich somit nicht unvollständig ist. Allein die Oberflächentemperaturmessung an sechs Messpunkten (vgl. Vi-act. D.4.1, Anhang A) ergibt für den Messzeitraum vom 3. Februar 2012 bis zum 24. Februar 2012 bei einem Messintervall von fünf Minuten rund 38'000 Einzelresultate (zwölf Messungen pro Stunde pro Messpunkt, 288 Messungen pro Tag pro Messpunkt, insgesamt 6'336 Messungen pro Messpunkt für 22 Tage). Dazu kommen die Messergebnisse der Lufttemperatur und der relativen Luftfeuchtigkeit auf dem Küchenschrank (je 6'336 Messungen für 22 Tage) und in

einer versiegelten Kunststoffbox mit Lüftungsschlitzen am Boden neben der Fensterfront (je 6'336 Messungen für 22 Tage) sowie die Aussentemperaturmessungen (nochmals 6336 Messungen für 22 Tage). Insgesamt umfasst die detaillierte Datenauswertung folglich rund 69'700 Einzelresultate. Die Analyse derart umfangreicher Daten und insbesondere die für Laien verständliche Darstellung der Ergebnisse bilden geradezu die Aufgaben des Experten. Mit hin steht einer Datenauswertung durch das Gericht in diesem Umfang schon das Gebot der Verfahrensbeschleunigung entgegen (§ 49 Abs. 1 aZPO, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK). Solange keine Indizien für die Unrichtigkeit der vom Experten vorgenommenen Datenanalyse vorliegen, besteht für das Gericht kein Anlass, selbst jedes dargestellte Tagesresultat nachzurechnen. In casu bestritt der Berufungsführer die Richtigkeit der grafischen Datenauswertung bzw. die Zusammenfassung der Einzelresultate bis heute nicht. Das Gericht durfte daher auf die Einholung der detaillierten Auswertung der Messungen verzichten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vorderrichter dem Berufungsführer Akteneinsicht in sämtliche dem Gericht vorliegenden Akten gewährte. Dem Vorderrichter lagen die einzelnen Messresultate selbst nicht vor, weshalb er diese dem Berufungsführer auch nicht vorlegen konnte. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt nicht vor.

4. Der Vorderrichter erwog zur Frage, wer die Schimmelbildung im Mietobjekt zu verantworten habe, dass gemäss dem Gutachten die Schimmelbildung eindeutig auf die zu hohe Luftfeuchtigkeit der Raumluft zurückzuführen sei. Die Hauptursache für die zu hohe Luftfeuchtigkeit liege nach Ansicht des Experten mit grosser Wahrscheinlichkeit beim Wäschetrocknen in der Wohnung. Würde darauf verzichtet werden, so seien bei üblichem Lüftungsverhalten von dreimal täglich zehn Minuten keine erneuten Feuchtigkeitsprobleme zu erwarten. Unzulässige Wärmebrücken könnten ausgeschlossen werden. Die Frage des Berufungsführers, ob der Experte ausschliessen könne, dass der Schim-

mel mindestens zu einem wesentlichen Teil auf die Baukonstruktion zurückzuführen sei, habe der Experte bejaht. Überdies sei die Ventilation nicht mangelhaft. Die fehlende Durchzugsmöglichkeit verlängere die Lüftungsdauer, der fehlende Trockenraum sei kein Mangel an der Baukonstruktion und das Fehlen einer geeigneten Wäschetrocknungsmöglichkeit führe dazu, dass die Wäsche in der Wohnung getrocknet werde. Dies wiederum bedinge einen hohen Luftwechsel. Eine allfällig hohe Luftfeuchtigkeit erfordere eine konsequente Fensterlüftung. Demnach sei der Experte eindeutig zum Schluss gekommen, dass die Schimmelbildung und die Feuchtigkeitsschäden auf das mangelhafte Lüftungsverhalten des Berufungsführers und nicht auf Mängel in der Baukonstruktion des Mietobjektes zurückzuführen seien. Insgesamt ergebe sich, dass die Expertise schlüssig und nachvollziehbar sei, weshalb auf deren Ergebnis abgestellt werden könne. Liege die Ursache der Schimmelbildung im Verhalten des Berufungsführers, könne dieser keine Mängelrechte geltend machen und es gebe keine Mängel, die durch die Berufungsgegnerin zu beheben seien. Entsprechend sei das Begehren um monatliche Mietzinsherabsetzung in Höhe von Fr. 379.00 abzuweisen.

Gegen diese vorderrichterliche Würdigung des Gutachtens und die Beurteilung der Verantwortlichkeit für den Schimmelbefall bringt der Berufungsführer zahlreiche Einwendungen vor, welche nachfolgend zu prüfen sind.

a) Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch dann berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Unechte Noven sind gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO ausgeschlossen, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (BGer 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013, E. 3.3; BGer 4A_643/2011 vom 24. Februar 2012, E. 3.2.2). Für die Beurteilung der Sorgfalt ist zu fragen, ob eine Partei, welche das vorinstanzliche Verfahren umsichtig und versiert ge-

führt hat, die Tatsache oder das Beweismittel schon vor erster Instanz hätte erkennen und in den Prozess einbringen müssen, wenn sie den Prozessstoff und ihr eigenes Umfeld kritisch überblickt (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 62). Echte Noven sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden (BGer 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013, E. 3.3). Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 317 ZPO trägt jene Partei, welche vom Novenrecht Gebrauch machen will (Seiler, Die Berufung nach der ZPO, Zürich 2013, § 15 N 1311 und 1335; Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 317 N 10). Entgegen der Auffassung des Berufungsführers (vgl. act. 14, Ziff. 11) und ungeachtet dessen, ob es sich beim erstinstanzlichen Verfahren überhaupt um ein vereinfachtes Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung handeln würde, gilt diese Einschränkung der Noven auch in vereinfachten Verfahren (vgl. BGE 138 III 625, E. 2.2 = Pra 102 Nr. 26; vgl. ZK1 2013 36 vom 8. Juli 2014, E. 3.b).

b) Voraussetzung für eine Mietzinsherabsetzung ist gemäss Art. 259d OR, dass die Mietsache Mängel aufweist, welche die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigen oder vermindern. Zudem ist Art. 259a OR zu entnehmen, dass der Mangel nicht vom Mieter selbst zu verantworten sein darf, wenn dieser seine Mängelrechte wahrnehmen will. Bei unbestrittenem Mangel kann sich der Vermieter folglich nur gegen ein Mietzinsherabsetzungsbegehren wehren, wenn er nachweist, dass der Mangel vom Mieter selbst verursacht wurde (vgl. Entscheid des Obergerichts Basellandschaft vom 2. März 1999, in: mp 2/00, S. 71 ff.). Vom Mieter zu verantwortende Mängel sind unter anderem solche, die er in Verletzung von Art. 257f Abs. 1 OR verursacht hat (SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 259b N 5). Diese Bestimmung gebietet dem Mieter einen sorgfältigen Gebrauch der Mietsache. Jeder Gebrauch einer Sache, mag er noch so vertragskonform sein, nutzt diese ab. Die Sorgfaltspflicht von Art. 257f Abs. 1

OR erstreckt sich daher zunächst auf den Grundsatz, der Mieter habe durch seinen Gebrauch die Sache nicht übermässig abzunutzen. Sie ist demzufolge als Ausfluss des allgemeinen Gebots der schonenden Rechtsausübung aufzufassen. Im Einzelnen bedeutet das unter anderem, dass der Wohnungsmieter im Rahmen der erlaubten Installationen Böden, Decken, Wände usw. schonend zu behandeln hat (Higi, in: Gauch [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band V.2.b, Zürich 1994, Art. 257f N 14, 18). Zu einem sorgfältigen Gebrauch von gemieteten Räumen gehört namentlich das regelmässige Lüften der gemieteten Räumlichkeiten (SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257f N 20).

c) Erfordert die Beweiserhebung besondere Kenntnisse, über die weder das Gericht noch einzelne seiner Mitglieder verfügen, so wird ein Sachverständiger beigezogen (§ 143 aZPO). Dieser erstattet dem Gericht mündlich oder schriftlich ein Gutachten (§ 150 Abs. 1 aZPO). Für solche gerichtlichen Gutachten gilt wie bei den anderen Beweismitteln der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (vgl. § 124 aZPO). Das Gericht ist somit nicht an die Tatsachenfeststellungen und Schlussfolgerungen des Gutachters gebunden, sondern entscheidet nach freier Überzeugung, ob und in welchem Masse es das Ergebnis des Gutachtens als richtig und beweiskräftig erachtet (Bühler, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, Rz. 2, in: Jusletter vom 14. Mai 2007; Rüetschi, a.a.O., Art. 183 N 4, 40). Kriterien der Würdigung eines Gutachtens bilden die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit des Gutachtens. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. In Sachfragen weicht der Richter indessen nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise ab (BGer 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.5). Ein Grund zum Abweichen kann vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt. Ferner kann eine abweichende Beurtei-

lung gerechtfertigt sein, wenn gegensätzliche Meinungsäusserungen anderer Fachexperten dem Richter triftig genug erscheinen, die Schlüssigkeit des Gerichtsgutachtens in Frage zu stellen, sei es, dass er die Überprüfung durch einen Oberexperten für angezeigt hält, sei es, dass er ohne Oberexpertise vom Ergebnis des Gerichtsgutachtens abweichende Schlussfolgerungen zieht (Groner, Beweisrecht, Bern 2011, S. 302, 304 ff.; BGE 118 V 286, E. 1.b).

Indessen wäre die Rollenteilung zwischen Richter und Gutachter weitgehend gegenstandslos, wenn der Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung gehalten wäre, sich selbst die Sachkunde anzueignen, wie sie nur ein Experte besitzt und besitzen kann. Vom Gericht kann nicht verlangt werden, dass es sich die Kenntnisse verschafft, die notwendig sein würden, damit es in eigener Beurteilung entscheiden könnte, was die richtige Auffassung ist. Aus diesem Grund gilt bei der Würdigung gerichtlicher Gutachten grundsätzlich die Beweisregel, dass vom fachmännischen Befund des Experten ohne zwingende Gründe nicht abgewichen werden darf (BGE 118 V 286, E. 1.b). Einem Gutachten kommt eine erhöhte Beweiskraft zu, wenn es aufgrund eingehender Beobachtung und Untersuchung sowie nach Einsicht in die Akten erstattet wurde und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangt (vgl. BGE 125 V 353, E. 3.b.bb; zum Ganzen: Groner, a.a.O., S. 302).

d) aa) Der Berufungsführer rügt zunächst, dass es dem Experten an Erfahrung fehle. Der Experte weise weder eine Expertenzertifizierung noch eine umfangreiche Erfahrung noch eine qualifizierte Ausbildung vor. Bei der Einsetzung des Experten durch den Vorderrichter sei dieser gerade einmal 30 Jahre alt gewesen, weshalb dieser keine Erfahrung habe. Im Zusammenhang der Erfahrung des Experten bringt der Berufungsführer ausserdem vor, dass der Vorderrichter mit Verfügung vom 17. April 2012 den Experten gefragt habe, in welchem Verhältnis gemäss seiner Erfahrung die in der Expertise genannten Ursachen zur festgestellten Luftfeuchtigkeit beitragen würden. Der Experte habe aber die typischen Feuchtequellen nicht anhand seiner Erfah-

rung abgeschätzt. Die Antwort des Experten beruhe ausschliesslich auf einer Abschätzung anhand der SIA Norm 180. Eine vermeintliche Erfahrung habe nicht mitgespielt. Demzufolge und entgegen der Behauptung des Vorderrichters führe der Experte nicht aus, dass er sich beim Beantworten der Fragen auf seine Erfahrung abgestützt habe. Der Experte habe zu Recht nicht behauptet, er sei erfahren.

bb) Mit Verfügung vom 14. Dezember 2011 schlug der Vorderrichter den Parteien als Experten Herrn D. _____, vor und setzte den Parteien im Sinne von § 144 Abs. 2 aZPO Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen den genannten Experten; im Unterlassungsfall werde Verzicht auf Einwendungen gegen D. _____ angenommen (Vi-act. D.1). Der Berufungsführer liess sich innert Frist zur Einsetzung von D. _____ als Experte nicht vernehmen. Der Vorderrichter durfte deshalb androhungsgemäss davon ausgehen, dass gegen die Befähigung von D. _____ zur Beurteilung der Ursache des Schimmelpilzes im Mietobjekt keine Einwendungen bestehen. Der Berufungsführer versäumte es, seine Bedenken bezüglich der Befähigung von D. _____ rechtzeitig kund zu tun. Er begründet denn auch nicht, warum er diese Einwendung nicht schon innert der vom Vorderrichter gesetzten Frist hätte vortragen können. Noch weniger nachvollziehbar ist, dass er dies erstmals im Berufungsverfahren zur Sprache brachte. Seine verspäteten Ausführungen zur Eignung von D. _____ als gerichtlicher Gutachter sind deshalb nicht zu hören (vgl. § 103 aZPO; Art. 317 Abs. 1 ZPO).

cc) Novenrechtlich unzulässig ist überdies die Rüge des Berufungsführers, wonach sich der Experte bei der Beantwortung der Frage nach der Ursache der festgestellten Luftfeuchtigkeit (vgl. D.8, Ziff. 1.1) nicht auf seine Erfahrung, sondern auf die SIA Norm 180 berufen und der Vorderrichter deshalb den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Der Berufungsführer hatte genügend Anlass, die aus seiner Sicht fehlende Erfahrung bei der Beantwortung der Fragen bereits im vorderrichterlichen Verfahren in seiner Stellungnahme vom

21. November 2012 zum Ergänzungsgutachten (vgl. Vi-act. D.12) vorzubringen. Der Berufungsführer nennt denn auch keine Gründe, weshalb er dies nicht hätte im vorderrichterlichen Verfahren beanstanden können. Darauf kann im Berufungsverfahren deshalb nicht mehr eingetreten werden.

e) aa) Der Berufungsführer moniert des Weiteren, dass die Feststellung des Vorderrichters, wonach die Schimmelbildung auf mangelhaftes Lüftungsverhalten und nicht auf einen Mangel in der Baukonstruktion des Mietobjektes zurückzuführen sei, aktenwidrig sei. Der Experte habe nicht ausgeführt, dass er, der Berufungsführer, mangelhaft gelüftet habe. Einerseits halte die Expertise vom 12. April 2012 zwar fest, dass bei den Messdateien keine regelmässigen Temperatur- und Feuchtigkeitssprünge festgestellt worden seien, welche sich normalerweise bei einer Fensterlüftung zeigen würden. Andererseits erkläre das Gutachten aber auch, dass die Wohnung während der Messperiode nicht ständig bewohnt worden sei. Den Ausführungen des Experten könne demnach nicht entnommen werden, dass sein Lüftungsverhalten mangelhaft sei. Wenn die Wohnung nicht regelmässig bewohnt gewesen sei, könne keine manuelle, regelmässige Fensterlüftung erfolgen. Das Gutachten führe weder aus, dass bei Abwesenheit manuell gelüftet werden müsse, noch dass eine fehlende manuelle Lüftung bei Abwesenheit zur Schimmelpilzbildung geführt habe. Selbst wenn die Berufungsinstanz der Ansicht sei, es müsse auch bei Abwesenheit manuell gelüftet werden, liege das Verschulden für die fehlende manuelle Lüftung bei Abwesenheit nicht bei ihm. Per 1. Februar 2012 sei für das Mietobjekt vom Gemeinderat Feusisberg ein Nutzungsstopp verfügt worden; er sei verpflichtet worden, die Wohnnutzung per 1. Februar 2012 aufzugeben. Dieser Umstand sei ihm am 1. September 2011 durch die Zustellung der Nutzungsstoppverfügung bekannt geworden. Es sei daher einleuchtend, dass er sich während der Untersuchung des Experten zwischen dem 3. Februar 2012 und dem 24. Februar 2012 möglichst wenig im Mietobjekt aufgehalten habe.

Überdies nenne das Gutachten vom 12. April 2012 keine konkreten Anhaltspunkte, die auf ein mangelhaftes oder unzureichendes Lüftungsverhalten seinerseits hinweisen würden. Falls dies der Fall wäre, hätte der Experte ausführen müssen, dass dieser sein Lüftungsverhalten als mangelhaft oder ungenügend ansehe und dieses ein Grund für die Schimmelbildung darstelle. Der Experte habe indessen geantwortet, dass die Schimmelbildung eindeutig auf die hohe Luftfeuchtigkeit der Raumluft zurückzuführen sei. Dem Gutachten könne entnommen werden, dass die Wohnung gewiss manuell gelüftet worden sei, obwohl die Lüftungen nicht regelmässig durchgeführt worden seien. Auch das Privatgutachten der Beklagten vom 16. März 2009 zeige das häufige Fensterlüften durch ihn. Die Klima-Messergebnisse würden bestätigen, dass er bei Anwesenheit häufig lüfte. Ausserdem sei auch im Privatgutachten sein Lüftungsverhalten nicht bemängelt worden. Insgesamt seien damit keine konkreten Anhaltspunkte für ein mangelhaftes Lüftungsverhalten seinerseits vorhanden. Er sei deshalb nicht für den Schimmelpilz verantwortlich.

Der Berufungsführer legt ferner dar, dass der Experte den Schluss gezogen habe, dass die Schimmelbildung und die Feuchtigkeitsschäden nicht auf Mängel in der Baukonstruktion zurückzuführen seien. Der Experte habe dabei nicht begründet, weshalb keine Mängel vorliegen würden. Dieser habe Mängel auch nicht abschliessend ermitteln können; er habe den vertraglich vereinbarten Zustand nicht ermittelt. Schliesslich habe der Experte die von ihm, dem Berufungsführer, vorgebrachten Mängel unvollständig und ohne Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit ermittelt. Der Vorderrichter hätte deshalb am Gutachten zweifeln müssen. Das Gutachten schliesse allfällige Mängel kategorisch aus. Allerdings stelle der Experte fest, dass einige Eigenschaften der Baukonstruktion die Lüftungsdauer verlängern, eine konsequente Fensterlüftung bzw. einen hohen Luftwechsel bzw. einen Verzicht auf das Wäschetrocknen erfordern würden. Somit habe der Experte ihn zu einer Aufgabe verpflichtet, deren Umfang undefiniert und praktisch unbegrenzt sei. Die konsequente Fensterlüftung setze aufgrund der Feuchtigkeit der Liegenschaft eine fast

konstante Anwesenheit des Klägers voraus. Eine solche Verpflichtung sei zwischen den Parteien indessen nicht vereinbart worden. Zudem stelle eine derartige, nicht vertraglich festgehaltene Verpflichtung ein Mangel des Mietobjektes dar. Überdies habe der Experte die vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien nicht gekannt. Demzufolge sei die Feststellung im Gutachten, wonach die genannten Eigenschaften der Baukonstruktion keine Mängel darstellen würden, aber dennoch erhöhte Pflichten seinerseits seien, unvollständig und nicht nachvollziehbar oder schlüssig.

Im Übrigen weist der Berufungsführer noch darauf hin, dass für ihn der Zweck des Mietvertrages die Wohnnutzung gewesen sei. Beispielhaft für die Mängel sei der fehlende Trockenraum. Auch die Gegenpartei habe bei Vertragsabschluss nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass sie eine Wohnnutzung vereinbarten. Gemäss dem Gutachten sei das Wäschetrocknen in der Wohnung die Hauptursache für die zu hohe Luftfeuchtigkeit. Damit bilde eine sich aus dem vertraglichen Gebrauchszweck ergebende Eigenschaft die Hauptursache für die Schimmelbildung, weshalb das Mietobjekt mangelhaft sei. Entsprechend sei die Schlussfolgerung des Experten, wonach keine Eigenschaften der Baukonstruktion mangelhaft seien, unvollständig, und nicht nachvollziehbar oder schlüssig. Er bestreite, dass die nasse Wäsche einen Einfluss auf die Schimmelbildung habe. Die Beweislast für die Ursache des Schimmelpilzes trage die Beklagte. Darüber hinaus unterlasse es der Experte, seine Feststellung, wonach keine Mängel der Baukonstruktion vorliegen, zu begründen.

Schliesslich seien die übrigen von ihm gerügten Mängel vom Experten nicht geprüft worden. So habe der Experte bei der Beurteilung der Ventilation die gesetzlichen Bestimmungen zu Lüftungssystemen nicht beachtet. Es sei für die Küche beispielsweise eine zusätzliche Intensivlüftung (z.B. eine Dunstabzugshaube) erforderlich. Der Experte habe ausserdem die Feuchtigkeit der Liegenschaft nicht berücksichtigt, obwohl dieser selbst einen feuchten, an das

Mietobjekt angrenzenden Korridor festgestellt habe. Quasi als Kompensation für die Feuchtigkeit der Liegenschaft werde er zu einem konsequenten Lüften der Wohnung verpflichtet.

bb) Der Experte hatte den Sachverhalt zur Beantwortung der vorderrichterlichen Fragen und jenen des Berufungsführers zu ermitteln. Es war hingegen nicht seine Aufgabe, das Lüftungsverhalten des Berufungsführers rechtlich zu werten bzw. eine Aussage darüber zu machen, ob das Lüftungsverhalten des Berufungsführers als genügend zu bezeichnen ist. Ebenso wenig musste der Experte den vertraglich vereinbarten Zustand des Mietobjektes ergründen. Dies sind vielmehr Rechtsfragen, deren Beantwortung dem Gericht vorbehalten ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Gutachten deshalb nicht zu beanstanden. Es enthält die notwendigen Sachverhaltsfeststellungen zur Quantität des Lüftens und zur Ursache der Schimmelbildung im Mietobjekt. Abgesehen davon handelt es sich beim Vorbringen des Berufungsführers, wonach das Gutachten nicht festhalte, dass sein Lüftungsverhalten mangelhaft sei, um ein unzulässiges Novum. Der Berufungsführer hätte dieses Argument bereits im vorderrichterlichen Verfahren vortragen müssen, weil das Gutachten explizit festhält, dass die Hauptursache für die zu hohe Luftfeuchtigkeit mit grosser Wahrscheinlichkeit beim Wäschetrocknen im Mietobjekt liege und bei üblichem Lüftungsverhalten von dreimal täglich zehn Minuten sowie gleichzeitigem Verzicht auf das Wäschetrocknen im Mietobjekt keine erneuten Feuchtigkeitsprobleme zu erwarten seien.

Der Experte beobachtete keine regelmässigen Temperatur- und Feuchtigkeitssprünge, welche sich normalerweise bei einer Fensterlüftung zeigen würden. Daraus kann kein anderer Schluss gezogen werden, als dass in der Messperiode keine regelmässige Fensterlüftung erfolgte. Es liegen damit genügend Anhaltspunkte im Gutachten und im Ergänzungsgutachten vor, welche Rückschlüsse auf das quantitative Lüftungsverhalten des Berufungsführers erlauben. Der Berufungsführer machte denn auch selbst geltend, dass

er nicht regelmässig im Mietobjekt anwesend war und deshalb nicht regelmässig lüftete (vgl. Vi-act. D.7, S. 5 zu Ziff. 6.3). Selbstverständlich kann der Berufungsführer in seiner Abwesenheit nicht lüften. In dieser Zeit kann er im Mietobjekt aber auch keine feuchtigkeitsverursachenden Tätigkeiten ausüben. Hätte der Berufungsführer während seinen Aufhalten im Mietobjekt und nach Betätigungen wie Wäschetrocknen, Kochen oder Duschen jeweils im üblichen Ausmass gelüftet, so wäre es in seiner Abwesenheit auch ohne Lüften des Mietobjektes nicht zu einem erhöhten Anfall von Feuchtigkeit gekommen, denn der Experte konnte bauliche Mängel des Mietobjektes ausschliessen (vgl. Vi-act. D.9, Ziff. 7, Frage 2 und Frage 3).

cc) Ausser Frage steht, dass der sorgfältige Gebrauch einer gemieteten Räumlichkeit ein regelmässiges Lüften durch den Mieter beinhaltet (vgl. E. 4.b). Darauf kann nur in Räumlichkeiten mit kontrollierten Lüftungssystemen verzichtet werden, wie dies bei Bauten im Minergie-Standard vorgesehen ist. Eine generelle Pflicht zur Einhaltung dieses Standards besteht indessen nicht und so kann das Fehlen eines über die Ventilation im Badezimmer hinausgehenden Lüftungssystems im Mietobjekt nicht als Mangel der Baukonstruktion bezeichnet werden. Eine Nutzung des Mietobjektes ist ohne ein entsprechendes Lüftungssystem möglich; der Gutachter hielt ausdrücklich fest, dass mit regelmässigem Lüften des Mietobjektes in einem üblichen Umfang von dreimal täglich zehn Minuten und einem Verzicht auf das Wäschetrocknen in der Wohnung keine erneuten Feuchtigkeitsprobleme zu erwarten sind (Vi-act. D.9, S. 5 Frage 1). Diese gutachterliche Aussage kann der Berufungsführer nicht ernsthaft in Frage stellen. Bezeichnend dafür ist, dass der Berufungsführer im vorderrichterlichen Verfahren selbst die Broschüre des Bundesamtes für Gesundheit zum Thema Schimmel in Wohnräumen einreichte und darauf hinwies, dass ein Lüften der Wohnräumen von dreimal täglich fünf bis zehn Minuten empfohlen wird (vgl. Vi-act. A.III., Ziff. II.A.3 auf S. 5; vgl. Vi-act. B, KB 28, S. 11). In derselben Dokumentation wird denn auch ausgeführt, dass in Wohnräumen mit Feuchtigkeitsproblemen ein Wäschetrocknen vermieden

werden soll. Zudem soll beim Kochen und Duschen entweder die Abluftventilation betätigt oder gelüftet werden (vgl. Vi-act. B, KB 28, S. 11). Angesichts dessen und der Tatsache, dass der Experte Mängel in der Baukonstruktion als Ursache der Schimmelpilzbildung ausschliessen konnte (Vi-act. D.9, S. 5 Frage 2b), durfte der Vorderrichter den gutachterlichen Befund ohne Weiteres als nachvollziehbar bezeichnen. Entgegen der Ansicht des Berufungsführers kann nicht die Rede davon sein, dass der Vorderrichter in diesem Zusammenhang seine Begründungspflicht verletzte. Warum es – insbesondere auch mit Blick auf die Ausführungen des Bundesamtes für Gesundheit – nicht als gerichtsnotorisch gelten kann, dass bei Wohnungen mit nur einer Öffnung nach aussen bei ähnlicher Grösse, teils mit kleinerer Fensterfläche, ein genügendes Lüften möglich ist, selbst wenn in der Küche kein Dampfabzug besteht und lediglich ein kleiner Lüfter im Badezimmer installiert ist, legt der Berufungsführer nicht dar. Wäre das Gegenteil der Fall, bestünde in sämtlichen Einzimmerwohnungen bzw. Studios mit nur einer Öffnung nach aussen trotz Fehlens von Mängeln in der Baukonstruktion und regelmässigen Lüftens die Gefahr der Schimmelpilzbildung. Es darf aber als allgemein bekannt gelten, dass eine derartige Häufung von Schimmelpilzbefall in Einzimmerwohnungen mit Kochnische und Badezimmer bei Fehlen von Baumängeln und bei mehrmaligem Lüften täglich gerade nicht auftritt, ansonsten diese Wohnform schon aus gesundheitlichen Gründen bedenklich wäre.

dd) Offen bleiben kann in diesem Verfahren ausserdem, ob unter die vertraglich statuierte Nutzung des Mietobjektes als Loft/Atelier auch eine Wohnnutzung fällt. Ungeachtet der Nutzungsart des Mietobjektes trifft den Mieter die Pflicht, das Mietobjekt sorgfältig zu gebrauchen und insbesondere entsprechend der darin ausgeführten Tätigkeiten zu lüften (vgl. E. 4.b). Auch für einen Laien ist – insbesondere in einer Einzimmerwohnung vergleichbar dem Mietobjekt – die erhöhte Luftfeuchtigkeit aufgrund nasser Wäsche bei gleichzeitig geschlossenem Fenster erkennbar bzw. spürbar. Dass das Wäschetrocknen im Mietobjekt ein vermehrtes manuelles Lüften erfordert, um die Luft-

feuchtigkeit in einem angemessenen Rahmen zu halten, liegt auf der Hand. Dieses Wissen darf seitens des Mieters vorausgesetzt werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass es gar nicht erst zu einer (langfristig) erhöhten Luftfeuchtigkeit kommt, welche auch bei Abwesenheit des Mieters ein regelmässiges (manuelles) Lüften erfordert, wenn der Mieter sein Lüftungsverhalten der jeweiligen Tätigkeit im Mietobjekt anpasst. Kommt der Mieter also seiner Pflicht zum sorgfältigen Gebrauch der Mietsache nach, so ist auch keine permanente Anwesenheit im Mietobjekt erforderlich.

Tatsache ist vorliegend, dass das Mietobjekt mit Schimmelpilz befallen ist. Ursache dafür ist unbestrittenermassen die zu hohe Luftfeuchtigkeit. Weil keine Baumängel vorliegen, kann die zu hohe Luftfeuchtigkeit nur auf das mangelhafte Lüften des Berufungsführers zurückgeführt werden. Er anerkennt denn auch selbst, dass er das Mietobjekt zu Wohnzwecken nutzte. Er übte im Mietobjekt somit notwendigerweise für die Wohnnutzung gebräuchliche Tätigkeiten wie Wäschetrocknen, Duschen und Kochen aus. Namentlich stellte der Experte, als er am 24. Februar 2012 die Messinstallationen abbaute, fest, dass im Mietobjekt gerade Wäsche zum Trocknen hing (vgl. Vi-act. D.4.1, S. 8). Der Berufungsführer kann deshalb nicht ernsthaft bestreiten, im Mietobjekt nicht jene Tätigkeiten (Wäschetrocknen, Duschen, Kochen) wahrgenommen zu haben, welche der Experte als typische Feuchtequellen bezeichnete. Andere Gründe für die hohe Luftfeuchtigkeit im Mietobjekt als die vom Berufungsführer genannten und durch den Gutachter widerlegten Baumängel behauptet der Berufungsführer nicht. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Herabsetzungsanspruch nach Art. 259d OR voraussetzt, dass die Mietsache mit einem nachträglichen Mangel behaftet ist (Higi, a.a.O., Art. 259d N 7). Nachträglich ist jener Mangel, der nach der Übergabe der Mietsache, also während des Mietverhältnisses entsteht (Higi, a.a.O., Art. 259a N 7 und Art. 258 N 35). Der Berufungsführer hat nie behauptet, dass der Trockenraum bzw. eine automatische Belüftung des Hauptraumes des Mietobjektes oder die Dunstabzugshaube in der Küche erst nach

Beginn des Mietverhältnisses wegfiel. Diese nicht vorhandenen Einrichtungen stellen daher keine Mängel im Sinne von Art. 259d OR dar, welche einen Herabsetzungsanspruch rechtfertigen. Demgegenüber konnte die Beklagte mit dem gutachterlichen Befund beweisen, dass die erhöhte Luftfeuchtigkeit auf die Nutzung des Mietobjektes ohne entsprechende manuelle Lüftung zurückzuführen ist. Damit erweist sich der Einwand des Berufungsführers, es könne ihm kein mangelhaftes Lüftungsverhalten vorgeworfen werden, als unberechtigt.

dd) Neu ist schliesslich der Hinweis des Berufungsführers auf den verfügten Nutzungsstopp. Ungeachtet dessen, dass dieses Vorbringen novenrechtlich unzulässig ist, verfängt die Argumentation des Berufungsführers hierzu nicht. Er wurde vom Gemeinderat Feusisberg lediglich aufgefordert, die Nutzung des Mietobjektes als Wohnung zu unterlassen. Der zonenkonforme Gebrauch des Mietobjektes als Geschäftsräumlichkeit und insbesondere das Betreten und Verweilen zu gewerblichen Zwecken wurde ihm nicht untersagt. Der Berufungsführer hätte daher in der Messperiode das Mietobjekt ohne Weiteres lüften können, zumal er in dieser Zeit unbestrittenermassen in der Wohnung war und darin Wäsche zum Trocknen aufhängte (vgl. Vi-act. D.4.1, S. 8).

f) Nicht stichhaltig ist überdies das Vorbringen des Berufungsführers, wonach ihm auch dann kein Verschulden zur Last gelegt werden könne, wenn ein mangelhaftes Lüftungsverhalten seinerseits bewiesen worden wäre, weil die Berufungsgegnerin ihn nicht bzw. nicht korrekt über die Lüftung der Wohnung instruiert habe. Von einem Mieter darf erwartet werden, dass er auch ohne ausdrücklichen Hinweis eine Räumlichkeit bei Tätigkeiten, die naturgemäss mit erhöhter Luftfeuchtigkeit einhergehen, vermehrt lüftet. Es ist selbstredend, dass der Mieter jene Öffnung für eine Lüftung der gemieteten Räumlichkeit wählt, welche den grössten Luftaustausch ermöglicht. Wieso dies für den Berufungsführer nicht ersichtlich gewesen sein soll, legt er weder dar noch ist dies nachvollziehbar. Es musste für ihn auch ohne ausdrücklichen

Hinweis der Berufungsgegnerin auf der Hand liegen, dass die effizienteste Lüftungsmöglichkeit jene über die Schiebetüre ist. Dagegen bringt der Berufungsführer zwar noch vor, dass eine ganzjährige Lüftung über die Schiebetür nicht geeignet sei wegen der Gefahr von Witterungseinflüssen und Immissionen sowie der Möglichkeit des Betretens des Mietobjektes durch Dritte. Dieses Argument ist aber aus novenrechtlichen Gründen nicht zu hören. Der Experte hat bereits im Gutachten vom 12. April 2012 ausgeführt, dass sich durch die verglaste Schiebetüre etwa die halbe Aussenwandfläche öffnen lässt und dies eine Möglichkeit für einen Luftaustausch in der Wohnung darstellt (vgl. Vi-act. D.4.1, Ziff. 3.1 auf S. 5). Trotz dieser Feststellung hat der Berufungsführer diese Variante der Belüftung des Mietobjektes in seiner Stellungnahme vom 12. Juni 2012 (Vi-act. D.7) nicht in Frage gestellt bzw. bestritten. Die entsprechende Behauptung erfolgte erst in seiner Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten (Vi-act. D.12) und somit verspätet.

Ungeachtet dessen ist es dem Berufungsführer entgegen seiner Meinung zumutbar, dass er ganzjährig von der Lüftungsmöglichkeit über die Schiebetür Gebrauch macht. Der Berufungsführer kann die Schiebetür während seiner Anwesenheit öffnen, so dass er das Betreten der Räumlichkeiten durch Drittpersonen kontrollieren kann. Im Übrigen bewahrt auch das Lüften über ein Fenster nicht vor dem Eindringen von Drittpersonen. Zudem kann er mit einer Lüftung in seiner Anwesenheit auch allfälligen Witterungseinflüssen begegnen. Mitunter muss er auch bei einem Fenster mit Witterungseinflüssen und Immissionen rechnen. Wie bereits erwähnt, besteht für die Berufungsgegnerin keine gesetzliche Pflicht zur Ausstattung des Mietobjektes mit einem kontrollierten Lüftungssystem, so dass der Berufungsführer das Loft/Atelier auf jeden Fall über eine Fenster- oder Türöffnung nach aussen lüften muss. Schliesslich vermag der Berufungsführer die ihm obliegende Pflicht zum Lüften über die Schiebetür auch nicht mit der Einwendung zu entkräften, dass eine solche Pflicht nicht vereinbart worden sei. Einer ausdrücklichen Statuierung bedurfte es nicht, nachdem ihn bereits das Gesetz zum sorgfältigen Gebrauch der

Mietsache verpflichtet und darunter auch das Lüften der Räumlichkeiten zu subsumieren ist (vgl. E. 4.b).

Auf die Ausführungen zum Baureglement und insbesondere zur Beschaffenheit des Fensters ist nicht weiter einzugehen, weil – wie bereits erwähnt (vgl. E. 4.e.dd) – nur ein nachträglicher Mangel einen Herabsetzungsanspruch rechtfertigt. Sofern denn die Konstruktion des Fensters überhaupt als ein Mangel im mietrechtlichen Sinne gelten kann, handelt sich dabei offensichtlich nicht um einen nachträglichen Mangel. Der Berufungsführer hat nicht behauptet, dass die Eigenschaften des Fensters erst nach Übergabe der Mietsache zu Tage traten.

g) aa) Zuletzt bringt der Berufungsführer zusammenfassend noch vor, dass die Messpunkte vom Experten nicht richtig gewählt worden seien. Die Messpunkte 2, 3, 7 und 8 seien keine kritischen Stellen für Oberflächenkondensation. Die Messpunkte 4, 5 und 6 seien unter anderem fehlerhaft festgelegt worden, weil am Fensterglas keine Schimmelbildung auftrate. Eine echte mögliche kritische Stelle sei der Messpunkt 1. An diesem Ort würden deutliche Schimmelpilzspuren zu sehen sein und es handle sich um eine Fläche gegen Aussen, welche nicht von der Bodenheizung beeinflusst werde. Vom Messpunkt 1 seien aber keine Ergebnisse vorhanden, weil dieser nach ca. einer Stunde infolge eines falschen Messsignals ausgefallen sei. Die ganze Fassade gegen aussen sei somit überhaupt nicht gemessen worden. Die Expertise sei deshalb unvollständig. Vom einzigen, richtig gewählten Messpunkt 1 seien weder Infrarotbilder noch Oberflächentemperaturen vorhanden. Die Feststellung im Gutachten, wonach anhand der Infrarotbilder auch beim Messpunkt 1 keine Wärmebrücken zu erwarten sei, stelle eine unwahre Schutzbehauptung dar. Damit sei das Gutachten in Bezug auf Oberflächenkondensation und unzulässige Wärmebrücken unvollständig und weder nachvollziehbar noch schlüssig. Ausserdem habe es der Experte unterlassen, die in der Liegenschaft (also ausserhalb der vom Berufungsführer gemieteten

Räumlichkeiten) herrschende Feuchtigkeit zu beachten, obwohl dieser selbst festgestellt habe, dass der Korridor vor dem Loft/Atelier feucht gewesen sei.

bb) Der Vorderrichter hat die vom Experten gewählten Messpunkte zu Recht nicht in Zweifel gezogen. Zuzustimmen ist dem Berufungsführer zwar, dass im Normalfall auf dem Fensterglas selbst kein Schimmelpilz wächst. Indessen wird aus dem Gutachten deutlich, dass die Messpunkte der Ermittlung der Oberflächentemperatur und schliesslich der Bestimmung des Risikos von Oberflächenkondensation dienen. Es ist allgemein bekannt, dass insbesondere in der kalten Jahreszeit auf dem Fensterglas Wasser kondensiert und damit deutlich als Tropfen wahrnehmbar ist. Die Anordnung der Messpunkte 4, 5 und 6 ist deshalb selbst ohne besondere Sachkunde in diesem Bereich nachvollziehbar. Die Messpunkte 2 und 3 erscheinen angesichts der durch die Infrarotaufnahme erkennbaren Unterschiede der Oberflächentemperatur der Wand links als tauglich (vgl. Vi-act. D.4.1, S. 10). Gestützt auf diese Infrarotaufnahme kann auch ein Einfluss der Bodenheizung auf den (unteren) Messpunkt 3 als unwahrscheinlich bezeichnet werden. Ausserdem blendet der Berufungsführer bei seiner Kritik an der Wahl der Messpunkte aus, dass die Aussenwand des Mietobjektes gänzlich aus dem Fenster samt Rahmen bzw. der verglasten Schiebetüre besteht (vgl. Vi-act. D.4.1, Ziff. 3.1 auf S. 5). Es erscheint deshalb als sachgerecht, dass der Experte einerseits Messpunkte an der Innenwand nahe dem Fensterrahmen (Messpunkte 2 und 3) und andererseits einen Messpunkt auf dem Fensterrahmen der Aussenfassade (Messpunkt 7) bestimmte. Ausserdem zeigt der Vergleich des oberen und unteren Fensterrahmens auf dem Infrarotbild, dass die Bodenheizung entgegen der Ansicht des Berufungsführers keinen Einfluss auf den Messpunkt 7 hatte. Ferner kann auch die Wahl des Messpunktes am Fussboden nicht beanstandet werden, weil sich unbestrittenermassen an der Sockelleiste unterhalb des Fensters Feuchtigkeitsspuren zeigten (vgl. Vi-act. D.4.1, S. 7). Dass der Experte schliesslich die Feuchtigkeit im Loft/Atelier mass und nicht auch noch im Korridor ausserhalb der eigentlichen Mietsache, gibt keinen Anlass

zur Kritik. Der Experte hatte den Auftrag, die Ursache des Schimmelpilzbefalles im Mietobjekt zu ermitteln. Der Berufungsführer macht denn auch nur einen Mangel im eigentlichen Mietobjekt geltend und beanstandete den Zustand des Korridors nicht. Schliesslich hat der Experte deutlich festgehalten, dass Wärmebrücken ausgeschlossen werden können (vgl. Vi-act. D.9, S. 5, Frage 2), selbst wenn keine Messresultate des Messpunktes 1 vorliegen.

h) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die persönliche Ansicht des Berufungsführers die vom Gerichtsgutachter festgestellten Befunde gesamthaft nicht umzustossen vermag. Die Beweiswürdigung des Vorderrichters gibt keinen Anlass zur Kritik. Das gerichtliche Gutachten ist schlüssig; die gutachterlichen Feststellungen werden nachgewiesen und begründet. Der Experte stützt seine Ausführungen auf den erstellten Sachverhalt. Er beantwortet sämtliche Fragen unmissverständlich und mit nachvollziehbaren Ausführungen. Die vorderrichterliche Beweiswürdigung ist daher nicht zu beanstanden. Der Vorderrichter hat in Bezug auf das gerichtliche Gutachten weder den Sachverhalt unrichtig festgestellt noch Recht unrichtig angewandt. Der angefochtene Entscheid ist deshalb vollumfänglich zu bestätigen.

5. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten für das Berufungsverfahren dem unterliegenden Berufungsführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind auf pauschal Fr. 5'000.00 festzusetzen. Der vorliegende Streitwert beläuft sich auf Fr. 92'160.00. Bei einem Streitwert von Fr. 50'001.00 bis Fr. 100'000.00 beträgt das Grundhonorar eines Rechtsanwaltes für die Führung von Zivilprozessen vor erster Instanz Fr. 3'300.00 bis Fr. 9'250.00 (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Im Berufungsverfahren beträgt das Honorar 20-60% dieses Ansatzes, wobei der noch vor Berufungsinstanz in Frage kommende Streitwert massgebend ist (§ 11 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifr Rahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 GebTRA). Werden die Anwaltskos-

ten wie vorliegend der Gegenpartei überbunden, befindet das Gericht über die Angemessenheit einer Kostennote (§ 6 Abs. 3 lit. a GebTRA). Erscheint sie als angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen. Andernfalls wird die Vergütung nach pflichtgemäßem Ermessen, d.h. nach den Regeln des Gebührentarifs festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebTRA; BGer 6B_184/ 2007 vom 7. September 2007, E. 5.1). Im Übrigen ist festzuhalten, dass der schwyzerische Gebührentarif die Gerichte nicht verpflichtet, eine Kostennote einzuholen (ZK1 2012 6 vom 11. Dezember 2012, E. 3.c.aa; ZK2 2013 34 vom 5. September 2013, E. 8.a; vgl. BGer 8C_789/2010 vom 22. Februar 2011, E. 5.2). Der Aufwand des Rechtsvertreters der Berufungsgegnerin bestand im Wesentlichen in der Erstellung der rund achtseitigen Berufungsantwort. Weitere Sachverhaltsabklärungen waren nicht erforderlich. Die sich stellenden rechtlichen Fragen dürfen als nicht sehr komplex bezeichnet werden. Eine Entschädigung in Höhe von Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) erscheint daher als angemessen;-

erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom 28. August 2013 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens in Höhe von pauschal Fr. 5'000.00 werden dem Berufungsführer auferlegt. Sie werden vom Kostenvorschuss des Berufungsführers in gleicher Höhe bezogen.
3. Für das Berufungsverfahren hat der Berufungsführer die Berufungsgegnerin mit Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und 8% MWST) ausserrechtlich zu entschädigen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Massgabe von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 92'160.00.

5. Zufertigung an A. _____ (1/R), Rechtsanwalt C. _____ (2/R), an das Bezirksgericht Höfe (1/R sowie 1/R nach definitiver Erledigung unter Rückgabe der Akten) sowie an die Kantonsgerichtskasse (1/ü im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Die Gerichtsschreiberin

Versand

21. August 2014 nsc