

# **BGer 4A\_12/2023 vom 31. März 2023**

Bundesgericht, 2023-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_12\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_12_2023)

FR: TF 4A\_12/2023 du 31 mars 2023

IT: TF 4A\_12/2023 del 31 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Vielmehr kann es eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen ( BGE 141 III 426 E. 2.4 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

### **E. 3**

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b).

#### **E. 3.1**

Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist - entsprechend Art. 254 Abs. 1 ZPO - in der Regel durch Urkunden zu erbringen. Ein klarer Fall ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht dann zu verneinen, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern ( BGE 144 III 462 E. 3.1; 141 III 23 E. 3.2; 138 III 620 E. 5.1.1).

### **E. 3.2**

Eine klare Rechtslage liegt vor, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt ( BGE 141 III 23 E. 3.2 mit Hinweisen).

Die Rechtsprechung verneint in der Regel das Vorliegen einer klaren Rechtslage, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies beispielsweise bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft ( BGE 141 III 23 E. 3.2; 138 III 123 E. 2.1.2 mit weiteren Hinweisen). Das bedeutet indessen nicht, dass ein klarer Fall in rechtlicher Hinsicht stets verneint werden muss, sobald eine missbräuchliche Rechtsausübung geltend gemacht wird. Denn das Rechtsmissbrauchsverbot setzt keine wertende Berücksichtigung aller Umstände im Sinne der zitierten Rechtsprechung voraus, wenn das Verhalten der betroffenen Partei offenkundig einen Missbrauch darstellt, was namentlich der Fall ist, wenn dieses in eine der in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Fallgruppen einzuordnen ist (Urteile 4A\_25/2019 vom 15. April 2019 E. 3; 4A\_185/2017 vom 15. Juni 2017 E. 5.4; 4A\_2/2016 vom 18. Februar 2016 E. 2.1; 4A\_350/2015 vom 25. August 2015 E. 4.2; 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 6.1).

### **E. 4**

Soweit die Gültigkeit der Kündigung des Mietvertrags im Ausweisungsverfahren als Vorfrage zu beurteilen ist, beziehen sich die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO auch darauf. Sind sie nicht erfüllt, ist kein Rechtsschutz in klaren Fällen zu gewähren; auf das Gesuch ist diesfalls nach Art. 257 Abs. 3 ZPO nicht einzutreten ( BGE 141 III 262 E. 3.2). Damit das vom Gesetzgeber mit Art. 243 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO für den mietrechtlichen Kündigungsschutz verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden kann, ist dieser nur zu gewähren, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint ( BGE 142 III 515 E. 2.2.4 mit Hinweis).

### **E. 5**

Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens zehn Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage ( Art. 257d Abs. 1 OR ). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen ( Art. 257d Abs. 2 OR ).

### **E. 6**

Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen einer klaren Rechtslage betreffend die Gültigkeit der streitgegenständlichen Kündigung vom 25. Januar 2022. Sie erwog, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin das Mietverhältnis erstmals am 3. Juli 2017 ordentlich, ein zweites Mal während noch laufender Kündigungsfrist am 8. August 2017 ausserordentlich und ein drittes Mal am 25. Juni 2020 erneut ordentlich gekündigt habe. Die streitgegenständliche ausserordentliche Kündigung vom 25. Januar 2022 sei einzig mit dem Hinweis auf Art. 257d OR erfolgt. Zwar erscheine es bei summarischer Beurteilung durchaus vertretbar, eine erneute ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückständen der Beschwerdegegnerin als gültig zu erachten, zumal eine solche Kündigung einzig auf deren Verhalten zurückzuführen sei (die sich ihrerseits in einem parallel laufenden Anfechtungsverfahren auf das Weiterbestehen des Mietverhältnisses berufe) und der Gesetzgeber selbst in einem solchen Fall auf den Kündigungsschutz nach Art. 271a Abs. 1 lit. d OR ausdrücklich verzichtet habe ( Art. 271a Abs. 3 lit. b OR ). Eine solche Schlussfolgerung ergebe sich aber nicht ohne Weiteres aus der bestehenden Lehre und Rechtsprechung und bedinge letztlich eine Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen unter Rückgriff auf deren historische Entstehung und den beabsichtigten Schutzzweck. Klares Recht betreffend die Gültigkeit der streitgegenständlichen Kündigung könne deshalb nicht bejaht werden.

#### **E. 7.1**

Die Vorinstanz scheint selbst zutreffend davon auszugehen, dass nach erfolgter ordentlicher Kündigung eine ausserordentliche Kündigung auf einen früheren als den ordentlichen Kündigungstermin ausgesprochen werden kann (vgl. SARA OESCHGER, in: Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl. 2022, S. 762 Ziff. 25.4; ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 1a zu Art. 266a OR ; HIGI/BÜHLMANN, in: Zürcher Kommentar, 5. Aufl. 2020, N. 9 und 11 zu den Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR ; EVA BACHOFNER, Die Mieterausweisung, 2019, S. 73 Rz. 140). Auch kann der Vermieter dem Mieter für den Fall der Unwirksamkeit einer ausserordentlichen Kündigung subsidiär eine zweite, ordentliche Kündigung aussprechen, wobei der Wille, ein derartiges Gestaltungsrecht auszuüben, deutlich zum Ausdruck gebracht werden muss ( BGE 137 III 389 E. 8.4.2). Auch ist es grundsätzlich zulässig, eine aus formellen Gründen (insbesondere Formmangel) nichtige oder unwirksame Kündigung zu "wiederholen" ( BGE 141 III 101 E. 2.8).

#### **E. 7.2**

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist nicht wirklich ersichtlich, weshalb ein Vermieter bei einer einmal erfolgten ordentlichen und zusätzlich während der laufenden Kündigungsfrist ausgesprochenen ausserordentlichen Kündigung, im Falle der Anfechtung dieser Kündigungen durch den Mieter keine weitere ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückständen aussprechen können soll, bis rechtskräftig über die ersten beiden Kündigungen entschieden ist. HIGI/BÜHLMANN führen zutreffend aus, keine bedingte Kündigung stelle die "vorsorglich" für den Fall ausgesprochene Kündigung dar, dass eine Kündigung, deren Gültigkeit (bzw. Nichtigkeit) zwischen den Parteien streitig sei, von der Schlichtungsbehörde oder vom Richter als nichtig bzw. wirkungslos ex tunc erklärt werde. Denn hier liege keine (echte) Bedingung vor: Entweder war und ist die strittige Kündigung gültig und wirksam, oder aber sie war von Anfang an unheilbar wirkungslos (HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., N. 10 und 36 zu den Vorbemerkungen zu Art. 266-266o OR ; vgl. auch BACHOFNER, a.a.O., S. 74, Rz. 141).

### **E. 7.3**

Auch die Vorinstanz selbst bezeichnet die Zulässigkeit einer solchen Kündigung mit überzeugender Begründung als vertretbar (vgl. hiervor E. 6), stellt sich dann aber auf den Standpunkt, die Rechtslage sei unklar. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich zu Recht geltend, soweit die Vorinstanz ausführe, klares Recht sei nicht gegeben, weil es einer Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen unter Rückgriff auf deren historische Entstehung und den beabsichtigten Schutzzweck bedürfe, fehle es an einer rechtsgenügenden Begründung für das angebliche Fehlen klaren Rechts.

Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt ( BGE 142 III 433 E. 4.3.2 ; 136 I 184 E. 2.2.1).

Der pauschale Hinweis der Vorinstanz auf eine notwendige Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen unter Rückgriff auf deren historische Entstehung und den beabsichtigten Schutzzweck genügt den Begründungsanforderungen nicht, zumal eine klare Rechtslage nicht nur dann vorliegt, wenn bereits der Gesetzeswortlaut die Bedeutung einer Vorschrift ergibt (vgl. BGE 118 II 302 E. 3; DIETER HOFFMANN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2017, N. 11 zu Art. 257 ZPO ). Auch soweit die Vorinstanz ausführt, die streitgegenständliche Kündigung vom 25. Januar 2022 sei einzig mit dem Hinweis auf Art. 257d OR erfolgt, ist unklar, was damit zum Ausdruck gebracht werden soll, wie die Beschwerdeführerin zu Recht beanstandet.

### **E. 7.4**

Entscheidend ist vorliegend aber ohnehin, dass sich die Beschwerdegegnerin offenkundig rechtsmissbräuchlich verhält, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass sie seit 1. Juli 2016 keinen Mietzins bezahle in ihrer Beschwerdeantwort nicht. Sie führt zwar aus, sie wehre sich gegen die Behauptung, sie verweile seit Jahren unentgeltlich im Mietobjekt. Sie verweist dabei aber nicht auf die Bezahlung des Mietzinses (dass sie die ausstehenden Mietzinse bezahlt hat bzw. weiterhin Miete bezahlt, macht sie in ihrer Beschwerdeantwort nicht geltend), stattdessen beschränkt sie sich auf (schwer verständliche) Ausführungen betreffend die aus ihrer Sicht unklare Eigentümersituation beim Mietobjekt (so auch bereits in den Urteilen 4A\_552/2022 vom 6. Januar 2023 E. 3; 4A\_550/2022 vom 6. Januar 2023 E. 3; 4A\_548/2022 vom 6. Januar 2023 E. 3).

Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. 1). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden ( BGE 143 III 55 E. 3.4; 138 III 401 E. 2.2).

Die Beschwerdegegnerin verhält sich in diesem Sinne widersprüchlich und offenkundig rechtsmissbräuchlich (vgl. hiervor E. 3.2), wenn sie einerseits sämtliche Kündigungen der Beschwerdeführerin (einschliesslich der hier streitgegenständlichen Kündigung) anfecht und sich damit in der Sache auf den Standpunkt stellt, das Mietverhältnis betreffend die Trotte sei mangels gültiger Kündigung weiterhin gültig und solle folglich die Parteien

weiterhin binden, andererseits aber keinen Mietzins entrichtet und damit ihre grundlegende Pflicht aus dem Mietvertrag seit langem nicht erfüllt.

### **E. 8.1**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und die Ziff. 1, 3 und 4 des vorinstanzlichen Entscheides sind aufzuheben. Der Beschwerdegegnerin wird befohlen, die Trotte, GB U. \_\_\_\_\_ Nr. xxx, U. \_\_\_\_\_, sofort zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand zu verlassen. Für den Fall der Nichtbefolgung des Räumungsbefehls wird der Beschwerdegegnerin der polizeiliche Zwangsvollzug angedroht. Die Vorinstanz wird die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens neu zu regeln haben ( Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG ).

### **E. 8.2**

Bei diesem Ergebnis wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Die Beschwerdegegnerin ersucht für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege mit Rechtsanwalt Daniel Buff als unentgeltlichem Rechtsbeistand. Zu prüfen ist, ob die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind ( Art. 64 BGG ). Die Bedürftigkeit der Beschwerdegegnerin kann mit Blick auf die eingereichten Unterlagen angenommen werden. Zu prüfen bleibt die Voraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit.

#### **E. 8.2.1**

Die Anspruchsvoraussetzung der Nichtaussichtslosigkeit ist grundsätzlich unabhängig von der Parteirolle zu prüfen. Sofern das Verfahren nicht eine besondere Rücksichtnahme auf die Parteirolle verlangt, beurteilt sich im Grundsatz die Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren des Beklagten nicht anders als für den Kläger; auch vom Beklagten kann erwartet werden, dass er offensichtlich berechnete Ansprüche anerkennt und nicht sinnlos prozessiert ( BGE 139 III 475 E. 2.3 mit Literaturhinweisen; Urteil 5A\_590/2009 vom 6. Januar 2010 E. 3.1.3).

Im Rechtsmittelverfahren freilich präsentiert sich die Situation anders: Hier kann die Rechtsposition des Rechtsmittelbeklagten kaum als aussichtslos bezeichnet werden, wenn sie von der Vorinstanz geschützt worden ist; in der Regel ist daher die Nichtaussichtslosigkeit der Begehren des Rechtsmittelbeklagten zu bejahen ( BGE 139 III 475 E. 2.3 mit Literaturhinweisen). Von diesem Grundsatz rechtfertigt es sich jedoch abzuweichen, wenn der angefochtene Entscheid an einem offensichtlichen Mangel, namentlich an einem krassen Verfahrensfehler leidet, der für sich allein zur Aufhebung des Entscheides führen muss. Hier darf vom Rechtsmittelbeklagten erwartet werden, dass er sich dem Rechtsmittel des Gegners unterzieht und nicht unnötige Kosten generiert ( BGE 139 III 475 E. 2.3; vgl. auch BGE 142 III 138 E. 5.2).

#### **E. 8.2.2**

Die obigen Grundsätze gelten grundsätzlich auch, wenn die Beschwerdegegnerin - wie vorliegend - vor der Erstinstanz unterliegt aber vor der Vorinstanz obsiegt. Der Vorinstanz ist zwar - wie gezeigt - nicht zu folgen, wenn sie entgegen der Erstinstanz eine klare Rechtslage verneint. Das Urteil leidet aber nicht an einem offensichtlichen Mangel im Sinne der obigen Rechtsprechung. Es liegt insbesondere kein krasser Verfahrensmangel vor, den die Beschwerdegegnerin hätte erkennen müssen. Entsprechend ist noch nicht von einem missbräuchlichen Prozessieren der Beschwerdegegnerin auszugehen, wenn sie den

zu ihren Gunsten ausfallenden vorinstanzlichen Entscheid im bundesgerichtlichen Verfahren verteidigt.

Der Standpunkt der Beschwerdegegnerin kann entsprechend nicht als aussichtslos bezeichnet werden, nachdem die Vorinstanz entsprechend entschieden hat. Der Beizug eines Rechtsanwalts erscheint noch als notwendig. Demnach sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Herrn Rechtsanwalt Daniel Buff wird ein Honorar von Fr. 2'500.-- aus der Gerichtskasse entrichtet. Die Beschwerdegegnerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten hat, falls sie dazu später in der Lage ist ( Art. 64 Abs. 4 BGG ).

Hingegen entbindet die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Beschwerdegegnerin nicht davon, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. Art. 64 Abs. 1 BGG ).

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