

# **BGer 4A 330/2017 vom 8. Februar 2018**

Bundesgericht, 2018-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_330\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_330_2017)

FR: TF 4A 330/2017 du 8 février 2018

IT: TF 4A 330/2017 del 8 febbraio 2018

## **Regeste**

Mieterausweisung; Rechtsschutz in klaren Fällen; Kündigung wegen Zahlungsverzugs | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Immerhin prüft es unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweis).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer hatte der ursprünglichen Vermieterin Vorschusszahlungen von insgesamt Fr. 52'300.-- geleistet.

#### **E. 2.1**

Das Bezirksgericht ging davon aus, allein Zahlungen an die neue Vermieterin hätten leistungsbefreiend gewirkt. Die Vorinstanz kam dagegen mit Blick auf die Bestätigung der Entgegennahme der Vorschüsse durch die ursprünglichen Vermieterin und die Angabe, wie viele (aber nicht welche) Mietzinse die jeweiligen Zahlungen abdecken sollten, zum Schluss, die (damaligen) Parteien hätten die ursprüngliche Vereinbarung dahingehend abgeändert, dass der Beschwerdeführer Mietzinse einer jeweils angegebenen Anzahl Monate bereits vor Fälligkeit habe leisten und damit zukünftige Forderungen tilgen dürfen. Hinsichtlich der am 23. November 2015 getätigten Zahlung von Fr. 4'300.-- habe der Beschwerdeführer als Zahlungsgrund "Mietzins November 2015" angegeben. Diese Zahlung sei auf diesen Monat anzurechnen. Der Beschwerdeführer stellte sich vorinstanzlich auf den Standpunkt, die Vorschusszahlungen seien mangels Bestreitung (das Bezirksgericht hatte seine Eingabe der Gegenpartei nicht zugestellt) erst von November 2015 an anrechenbar. Die Vorinstanz erkannte, selbst wenn man die Vorschusszahlungen erst ab November 2015 anrechne, wären die Mietzinse für beide Wohnungen maximal bis

zum 13. Dezember 2016 und nicht bis Mitte Januar 2017 (wie der Beschwerdeführer meine) getilgt. Da der Beschwerdeführer aber (bis auf die Überweisung für den Monat November 2015) nicht angegeben habe, welche Mietzinse er mit seinen Vorschüssen habe tilgen wollen ( Art. 86 Abs. 1 OR ), seien die Zahlungen grundsätzlich auf die noch offenen Mietzinse anzurechnen in der Reihenfolge ihrer Fälligkeit ( Art. 87 Abs.1 OR ) und sofern keine Erklärung des Gläubigers vorliege ( Art. 86 Abs. 2 OR ). Eine solche Erklärung durch die ursprüngliche Vermieterin finde sich indessen in der letzten Quittung vom 25. November 2015. Darin habe sie angemerkt, mit dieser Vorschusszahlung seien die Mietzinse bis und mit September 2016 getilgt worden. Der Beschwerdeführer habe sich die Bezeichnung der Schuld durch die Gläubigerin im Sinne von Art. 86 Abs. 2 OR entgegen halten zu lassen, zumal er dagegen nicht sofort protestiert habe. Durch die Vorschusszahlungen seien daher die Mietzinse bis einschliesslich September 2016 getilgt. In der Kündigungsandrohung habe die neue Vermieterin somit zwar einen um Fr. 10'693.55 zu hohen Betrag abgemahnt. Dem mass die Vorinstanz aber keine entscheidende Bedeutung bei, zumal der Beschwerdeführer nicht geltend mache, er habe die neue Vermieterin auf die zu hohe Zahlungsaufforderung hingewiesen. Dass für beide Mietverträge nur ein Schreiben verwendet wurde, erachtet die Vorinstanz für zulässig, da aus dem Schreiben klar hervorgehe, welche Mietzinse nach Ansicht der neuen Vermieterin noch ausstehend gewesen seien. Auch dass die nachfolgende Kündigung nicht auf zwei separaten Formulare erfolgte, spielte nach Ansicht der Vorinstanz keine Rolle, sofern - wie hier - in dem Formular mehrere Mietobjekte genau bezeichnet würden.

### **E. 2.2**

Der im Summarverfahren nach Art. 248 lit. b ZPO erteilte Rechtsschutz in klaren Fällen setzt voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist ( Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO ). Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, ist auf das Gesuch um Gewährung dieses Rechtsschutzes nicht einzutreten ( Art. 257 Abs. 3 ZPO ). Die Rechtslage ist klar, 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 S. 26; 138 III 123 E. 2.1.2 S 126; Urteile des Bundesgerichts 4A\_350/2015 vom 25. August 2015 E. 4.2). Dass sich die Einwände der beklagten Partei bei einer eingehenden Prüfung ganz oder teilweise als unbegründet erweisen könnten, genügt nicht, um eine klare Rechtslage anzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_7/2012 vom 3. April 2012 E. 2.4.1 ff.).

### **E. 2.3**

Der zu beurteilenden Fall weist viele Besonderheiten auf und wirft dadurch Fragen auf, die an sich einer eingehenden Prüfung bedürfen und kaum als liquid bezeichnet werden können. Es geht dabei einerseits um die erheblichen Vorauszahlungen, die nicht im Vertrag vorgesehen waren, sowie um die von der Vorinstanz angenommene implizite Vertragsänderung, welche die Zulässigkeit der Vorauszahlungen begründet. Hinzu kommt der Übergang der Vertragsverhältnisse durch den Eigentümerwechsel im Rahmen der Zwangsvollstreckung und die Wirkung der Vorauszahlungen in diesem Zusammenhang. Eine weitere Eigenheit bildet die Zusammenfassung mehrerer separater Mietverhältnisse in einer Zahlungsaufforderung sowie die nachfolgende Kündigung beider Mietverhältnisse mit nur einem Formular. Dabei geht es im Wesentlichen um Umstände, auf die das Gesetz nicht ausdrücklich Bezug nimmt und die in der Lehre und Rechtsprechung nicht ausdrücklich behandelt werden. Bei derartigen Fragen kann an sich nicht gesagt werden, die Rechtsfolge

ergebe sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres. Vielmehr ist eine eingehende Prüfung nötig. Darauf deutet auch der erstinstanzliche Entscheid hin, der die Rechtslage in Bezug auf die Zulässigkeit der Vorauszahlungen anders einschätzte und - unter Annahme der Zulässigkeit - zu einem von der Vorinstanz abweichenden Ausstand gelangte: Bezirksgericht: Fr. 6'200.--; Vorinstanz: Fr. 11'700.-- (Fr. 22'393.55 - Fr. 10'693.55). Wird verlangt, die Rechtsanwendung müsse zu einem eindeutigen Ergebnis führen ( BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26 mit Hinweisen), bedeutet dies, dass (krasse Irrtümer vorbehalten) die Fragen grundsätzlich von allen Gerichten gleich entschieden würden, ohne dass dazu vertiefte Abklärungen rechtlicher Natur notwendig wären.

### **E. 3**

Die von der Vorinstanz in ihrer Entscheidungsbegründung beantworteten Fragen sind zumindest teilweise nicht liquid, so dass sie nicht im Summarverfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zu behandeln sind. Daraus kann der Beschwerdeführer aber nur etwas zu seinen Gunsten ableiten, wenn diese Fragen für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung sind, was er in seiner Beschwerde darlegen müsste. Dies gelingt ihm indessen nicht:

#### **E. 3.1**

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts macht die Tatsache allein, dass die Vermieterschaft in der Mahnung einen zu hohen Betrag einsetzt, die auf Art. 257d OR gestützte Kündigung nicht zwingend unwirksam. Ein Mieter, der die Vermieterschaft weder auf den Fehler hinweist noch Anstrengungen unternimmt, den nach seinem Wissen tatsächlich vorhandenen Ausstand zu begleichen oder zumindest darlegen kann, dass er den Ausstand bei korrekter Angabe des geschuldeten Betrages beglichen hätte, verdient keinen Schutz (Urteile des Bundesgerichts 4A\_70/2014 vom 10. September 2014 E. 5.4; 4A\_32/2007 vom 16. Mai 2007 E. 6.2; vgl. auch 4C.88/2003 vom 1. Juli 2003 E. 3). Auf dieser Überlegung beruhen, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat, entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers auch BGE 120 II 31 und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_107/2010 vom 3. Mai 2010. In BGE 120 II 31 führt das Bundesgericht aus, der Eigentümer verhalte sich treuwidrig, wenn er an der ursprünglichen Kündigungsandrohung festhalte und gestützt darauf eine Kündigung ausspreche: " après avoir réduit sensiblement ses prétentions, suite à une contestation du locataire relative au montant réclamé. " ( BGE 120 II 31 E. 4b S. 33). Im zit. Urteil 4A\_107/2010 beruhte der Fehler zwar nicht in einer mangelhaften Berücksichtigung der Zahlungseingänge, sondern in einer mangelhaften Festsetzung des Mietzinses. Aber auch insoweit ging das Bundesgericht davon aus, soweit der Mieter aus einem allfälligen Fehler etwas zu seinen Gunsten ableiten wolle, dürfe er die Zahlungsfrist nicht einfach verstreichen lassen, ohne den Vermieter auf den Fehler bei der Mietzinsfestsetzung hinzuweisen (zit. Urteil 4A\_107/2010 E. 3.5.1). An diesen Grundsätzen hat das Bundesgericht auch in seiner jüngsten Rechtsprechung festgehalten, sofern im Zeitpunkt der Mahnung und bei Ablauf der Zahlungsfrist tatsächlich ein Ausstand besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_245/2017 vom 21. September 2017 E. 5.3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer anerkennt inzwischen, dass, selbst wenn man seiner eigenen Berechnung folgt, ein Mietzinsausstand von rund Fr. 2'000.-- bestand. Dass er zumindest diesen Betrag rechtzeitig beglichen hätte, macht er nicht geltend, wobei dies im Lichte der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung wohl ohnehin nicht genügen würde (vgl. BGE 140 III 591 E. 3.2 S. 596), da gemäss dem angefochtenen Entscheid, mit dem sich die Beschwerde in diesem Punkt nicht substantiiert auseinandersetzt, der Ausstand wesentlich höher (Fr. 11'700.--) war. Jedenfalls (auch das Bezirksgericht ging bei Berücksichtigung der Vorauszahlungen von einem Ausstand von Fr. 6'200.-- aus) kann der Beschwerdeführer unter diesen Umständen nicht für sich in Anspruch nehmen, der zu hoch angegebene Betrag sei der Grund, weshalb keine vollständige Zahlung erfolgt sei. Wäre es dem Beschwerdeführer darum gegangen, den korrekten Betrag zu eruieren, hätte er diesbezüglich nach Treu und Glauben mit der neuen Vermieterin Kontakt aufnehmen und sie auf ihre Fehlberechnung hinweisen müssen. Erst wenn die neue Vermieterin trotz dieses Hinweises keine Abklärungen über die Höhe der Ausstände vorgenommen, sondern die Kündigung ausgesprochen hätte, könnte der Beschwerdeführer daraus etwas ableiten (vgl. BGE 120 II 31 ). Zu einem entsprechenden Hinweis hätte umso mehr Anlass bestanden, als die Übernahme des Mietverhältnisses im Rahmen der Zwangsverwertung erfolgte und die von der Vorinstanz angenommene Fehlberechnung ihren Grund in Zahlungen hatte, die nicht an die neue Vermieterin erfolgt waren, sondern an die ursprüngliche Vermieterin aufgrund einer mit dieser implizit getroffenen Vereinbarung.

### **E. 3.3**

Aus ähnlichen Überlegungen kann der Beschwerdeführer auch daraus, dass die Kündigungsandrohungen für zwei Mietverträge in demselben Dokument erfolgten, nichts zu seinen Gunsten ableiten:

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz hielt fest, trotz der Zusammenrechnung des Ausstandes sei ohne weiteres erkennbar gewesen, welche Monate für die einzelnen Mietobjekte nach Auffassung der neuen Vermieterin ausstehend gewesen sind. Wenn für den Beschwerdeführer diesbezüglich dennoch Zweifel bestanden und er allenfalls nur die Ausstände eines Mietobjekts hätte begleichen wolle, wie er vorbringt - wobei er nicht darlegt, was eine Aufteilung der Beträge, die ohnehin nicht korrekt waren, hätte bringen können -, oder wenn er aus anderen Gründen ein schützenswertes Interesse daran gehabt hätte, dass die beiden Mietobjekte nicht in demselben Dokument behandelt werden, hätte er auch darauf die neue Vermieterin hinweisen können und müssen, wenn er daraus etwas zu seinen Gunsten ableiten will.

#### **E. 3.3.2**

Dass die neue Vermieterin die Kündigung beider Mietverhältnisse angedroht hat, ändert am Ergebnis entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nichts. Es ist nicht festgestellt, dass die Kündigungsandrohung auf die Möglichkeit der Bezahlung des Rückstandes nur in Bezug auf ein Mietverhältnis eingeht. Daraus kann nicht abgeleitet werden, die neue Vermieterin hätte beide Mietverträge gekündigt, wenn bei Fristablauf nur in Bezug auf einen ein Ausstand bestanden hätte. Wäre dennoch eine derartige Kündigung erfolgt, hätte sich der Beschwerdeführer in Bezug auf das Mietverhältnis, bei dem kein Rückstand bestand, zur Wehr setzen können. Auf separate Kündigungsandrohungen war er dafür nicht angewiesen.

### **E. 3.4**

Aus den gleichen Gründen hilft dem Beschwerdeführer nichts, dass die Kündigung für beide Mietverhältnisse mit demselben Formular erfolgte. Er zeigt weder rechtsgenügend

auf, dass dadurch objektiv unklar gewesen wäre, welche Verträge die neue Vermieterin kündigen wollte, noch welches schützenswertes Interesse er an einer separaten Zustellung von zwei Kündigungen gehabt hätte und dass er die Vermieterschaft auf dieses hingewiesen hätte. Unter diesen Umständen erscheint sein Beharren auf zwei separaten Kündigungsschreiben jedenfalls schikanös und nicht schützenswert, so dass die Frage, ob und unter welchen Umständen die Kündigung mehrerer Mietobjekte in einem Schreiben allenfalls problematisch oder unzulässig sein könnte, nicht vertieft werden muss.

#### **E. 4**

Insgesamt hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid wohl Fragen behandelt, die rechtlich nicht liquid sind. Da der Beschwerdeführer aber vor Bundesgericht nicht mehr bestreitet, dass Ausstände bestanden, und er nicht rechtsgenügend aufzeigt, dass er die Vermieterschaft auf allfällige Fehler aufmerksam gemacht und sich darum bemüht hätte, den korrekten Ausstand zu bezahlen, ist es in Bezug auf das Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Fall als liquid erachtete. Denn gestützt auf die Vorbringen des Beschwerdeführers sind die Voraussetzungen, unter denen er aus dem falschen Betrag in der Kündigungsandrohung und der Tatsache, dass (sowohl bei der Kündigungsandrohung wie bei der Kündigung selbst) beide Mietobjekte zusammen behandelt wurden, vielleicht etwas zu seinen Gunsten ableiten könnte, offensichtlich nicht gegeben.

#### **E. 5**

Soweit der Beschwerdeführer eventualiter beantragt, ihm eine Frist zur Räumung des Mietobjekts bis zum 31. August 2017 zu gewähren, da er selber die Möglichkeit haben müsse, passende Ersatzobjekte zu suchen, ist ihm diese Zeit infolge der Gewährung der aufschiebenden Wirkung zur Verfügung gestanden und sein Begehren insoweit gegenstandslos geworden. Und selbst wenn man annehmen wollte, es sei ihm darum gegangen, dass er sich auf die Ausweisung vorbereiten kann, würde dies nichts ändern, da sich die Beschwerde mit der Erwägung der Vorinstanz, es sei zu erwarten, dass eine kurze Zeit verstreichen werde, bis das zuständige Stadttammannamt zur Vollstreckung schreiten werde, in keiner Weise auseinandersetzt. Diesbezüglich genügt die Beschwerde den Begründungsanforderungen nicht, weshalb darauf ohnehin nicht eingetreten werden könnte (vgl. E. 1 hiervor).

#### **E. 6**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

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