

# **BGer 4A\_557/2017 vom 21. Februar 2018**

Bundesgericht, 2018-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_557\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_557_2017)

FR: TF 4A\_557/2017 du 21 février 2018

IT: TF 4A\_557/2017 del 21 febbraio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und richtet sich gegen einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Fachgericht in Handelssachen entschieden hat ( Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ), ein Streitwert ist nicht erforderlich ( Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG ) und die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen vor der Vorinstanz unterlegen (Art. 76 Abs. lit. a BGG). Nachdem sie erklärt, sie habe das Mietobjekt nur vorübergehend geräumt und würde es wiederum nutzen, wenn sich die Kündigung des bis Ende 2020 befristeten Vertrages als ungültig erweisen sollte, ist ihr schutzwürdiges Interesse am Beschwerdebegehren zu bejahen, wonach auf das Ausweisungsbegehren der Beschwerdegegnerin nicht einzutreten sei. Denn mit der angefochtenen Ausweisung im Verfahren nach Art. 257 ZPO wird der Beschwerdeführerin rechtskräftig das Recht abgesprochen, das Mietobjekt zu nutzen ( BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 25 f.; 138 III 620 E. 5.1.1 S. 622 unten/623 oben). Auf die fristgerecht eingereichte Beschwerde ist unter Vorbehalt hinreichender Begründung ( Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Vorbringen in der "Replik" der Beschwerdegegnerin zu Unrecht berücksichtigt. Sie stellt sich auf den Standpunkt, im summarischen Verfahren sei nur ein Schriftenwechsel durchzuführen, die Vorinstanz hätte die Eingabe der Beschwerdegegnerin aus dem Recht weisen müssen und hätte jedenfalls unechte Noven nicht berücksichtigen dürfen.

#### **E. 2.1**

Art. 253 ZPO sieht für das hier anwendbare ( Art. 248 lit. b ZPO ) summarische Verfahren vor, dass das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit gibt, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen. Damit sollte nach der Botschaft des Bundesrates ein zweiter oder gar mehrfacher Schriftenwechsel ausgeschlossen werden, da breite Schriftlichkeit dem Wesen dieses Verfahrens zuwiderlaufe (BBl 2006 7350 zu Art. 249 VE). Dass nach dem historischen Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nur ein Schriftenwechsel stattfindet, schliesst jedoch nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist ( BGE 138 III 252 E. 2.1 S. 254). Auch ändert die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel nichts daran, dass den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zusteht, zu jeder Eingabe der Vorinstanz oder der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält ( BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157, 484 E. 2.4 S. 487; 138 III 252 E. 2.2 S. 255, je mit Verweisen). Die Vorinstanz hat diese Grundsätze offensichtlich

beachtet, wenn sie die "Replik" - wie übrigens auch die "Duplik" - nicht aus dem Recht wies.

## **E. 2.2**

Das Bundesgericht hat für das

ordentliche Verfahren erkannt, dass die Parteien zweimal die Möglichkeit haben, sich unbeschränkt zu äussern, während sie danach nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO gehört werden können ( BGE 140 III 312 E. 6.3.2 S. 313, vgl. auch Urteil 4A\_338/2017 vom 24. November 2017 E. 2, zur Publikation bestimmt). Dies gilt sinngemäss auch für das

vereinfachte Verfahren (vgl. Art. 229 Abs. 2 ZPO und BGE 140 III 450 E. 3.2 S. 452). Im summarischen Verfahren darf sich jedoch keine der Parteien darauf verlassen, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet (Urteil 4A\_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 138 III 620 ). Es besteht insofern kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich tritt der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein (vgl. LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm et al. [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 229 ZPO ). Teilweise wird vertreten, dies gelte ausnahmslos (vgl. RAPHAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, S. 204; DANIEL FÜLLEMANN, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in: Innovatives Recht, 2013, S. 876 f.). Zum Teil wird mit überzeugenden Gründen die Ansicht vertreten, Art. 229 ZPO sei dann analog anzuwenden, wenn - nach einfachem Schriftenwechsel - eine Verhandlung stattfindet oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird (vgl. WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 58 zu Art. 229 ZPO ; KAUFMANN, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 36 zu Art. 252 ZPO ; vgl. auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm et al. [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 20 ff. zu Art. 257 ZPO ). Denn in diesem Fall wird das summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert, so dass in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO Noven zulässig sein sollten, solange das Gericht die Beratung nicht aufgenommen hat (vgl. entsprechend für das Rechtsmittelverfahren BGE 142 III 413 E. 2.2.5 S. 418). Wie es sich damit jedoch verhält, kann offenbleiben. Denn hier hat die Vorinstanz ohne Erweiterung des Summarverfahrens den Parteien mit Verfügung vom 29. August 2017 einen schriftlichen Entscheid in Aussicht gestellt.

## **E. 2.3**

Die Vorinstanz hat keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Die Beschwerdegegnerin hat vielmehr von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Recht Gebrauch gemacht, als sie im vorliegenden Summarverfahren der Vorinstanz eine "Replik" einreichte. Die Vorinstanz hat denn auch zutreffend dargelegt, dass in diesem Fall keine Noven zulässig sind und sie hat die Vorbringen der Beschwerdegegnerin unberücksichtigt gelassen, wonach sich die behaupteten Mängel auf den von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Ausbau, nicht jedoch auf den von ihr vermieteten Grundausbau beziehen würden. Im Übrigen hat die Vorinstanz jedoch die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin berücksichtigt, was sich aus den Anforderungen an das rechtliche Gehör ergibt. Die Beschwerdeführerin beanstandet

diese Berücksichtigung freilich mit der Begründung, die Stellungnahme habe unechte Noven umfasst, welche nicht hätten beachtet werden dürfen. So macht sie namentlich geltend, die Vorinstanz habe bei der Würdigung der E-Mails vom 17. bis 30. Mai 2017 auf neue Vorbringen der Beschwerdegegnerin abgestellt. Dass die Beschwerdegegnerin eines dieser E-Mails neu in den Prozess eingeführt habe, behauptet sie nicht. Inwiefern sich im Übrigen die Vorinstanz im Zusammenhang mit Vergleichsgesprächen der Parteien auf das nicht zugelassene Novum stützen sollte, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Ihr Vorbringen beschränkt sich auf eine reine Behauptung. Damit ist sie nicht zu hören.

#### **E. 2.4**

Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz verspätete Noven der Beschwerdegegnerin berücksichtigt habe, erweist sich als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 3**

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

##### **E. 3.1**

Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres eindeutig ergibt. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert ( BGE 141 III 23 E. 3.2 S. 26; 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126 mit Hinweisen).

##### **E. 3.2**

Mit Blick darauf, dass ein Urteil, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, der materiellen Rechtskraft fähig ist, wird von der klagenden Partei verlangt, dass sie sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen ( BGE 141 III 23 E. 3.2; 138 III 620 E. 5.1.1 S. 622 f.).

Für die Verneinung eines klaren Falles genügt es, dass 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. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der klagenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklaglichen Einwände könne daran nichts ändern; offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen für die Verneinung eines klaren Falles nicht ( BGE 138 III 620 E. 5.1.1 mit Hinweisen). Soweit - wie vorliegend - 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 und kann der Rechtsschutz in klaren Fällen daher nicht gewährt werden, hat das Gericht nach Art. 257 Abs. 3 ZPO auf das Gesuch nicht einzutreten ( BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 265).

##### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die tatsächliche Voraussetzung des Zahlungsrückstands als Voraussetzung der Gültigkeit der Mietkündigung. Ausserdem hält sie dafür, die

Mahnung vom 11. April 2017 genüge den rechtlichen Anforderungen nicht, weil die Kündigung nicht gehörig angedroht sei. Und schliesslich hält sie dafür, die Kündigung verstosse gegen Treu und Glauben, weil die Beschwerdegegnerin sich widersprüchlich verhalten und mit der Kündigung zu lange zugewartet habe.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie im massgebenden Zeitpunkt fällige Mietzinsen nicht bezahlt habe. Sie stellt dabei nicht in Abrede, dass sie vom Mietzins für April 2017 nur die vertragliche Hälfte, nämlich Fr. 6'650.65 statt der schriftlich vereinbarten Fr. 13'301.30.-- bezahlt hat. Sie macht jedoch geltend, der schriftliche Vertrag sei mündlich in dem Sinn abgeändert worden, dass der Mietzins für April 2017 auf die Hälfte reduziert worden sei.

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hat die "nicht substantiierte" Einwendung der Beschwerdeführerin, wonach die Parteien im Februar 2017 eine Mietzinsreduktion um 50 % getroffen hätten, aufgrund der Aktenlage als offensichtlich unbegründet verworfen und diesbezüglich nicht an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung gezweifelt. Sie folgte der Beschwerdeführerin nicht, die aus den E-Mails von D.\_\_\_\_\_ vom 17. Mai 2017 und 30. Mai 2017 ableiten wollte, die Parteien hätten vereinbart, dass sie nur noch den halben Mietzins zu leisten habe. Die Vorinstanz stellte fest, dass die Beschwerdeführerin nicht dargelegt habe, zu welchem Zeitpunkt, zwischen welchen Personen und in welcher Form die angebliche mündliche Vereinbarung zustande gekommen sei. Sie entnahm den E-Mails von D.\_\_\_\_\_ vom 17. Mai 2017 und vom 30. Mai 2017 im Gegenteil, dass die Beschwerdegegnerin auf der Bezahlung des gesamten Mietzinses für April 2017 beharrte. Ausserdem berücksichtige sie, dass D.\_\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 29. Mai 2017 bestritt, dass die Beschwerdegegnerin für einen Mangel an der Mietsache aufkommen müsse, und sie am Zahlungstermin vom 29. Mai 2017 für den ausstehenden Aprilmietzins festhalte. In einer E-Mail der Beschwerdeführerin vom 29. Mai 2017 werde darum gebeten, mit der Kündigung noch zuzuwarten, aber es finde sich kein Hinweis auf die angebliche Mietzinsreduktion oder darauf, dass sich die Beschwerdeführerin nicht im Zahlungsrückstand befinde. Schliesslich berücksichtigte die Vorinstanz, dass die Parteien im Mietvertrag Schriftlichkeit vorbehalten und die Stundung wegen des Wasserschadens auch schriftlich vereinbart hatten, und dass die Beschwerdeführerin auf die Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 15. März 2017 und 11. April 2017 nicht reagierte, in denen diese die ganzen Monatsmietzinsen für März und April 2017 gefordert hatte.

##### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass ihre Behauptungen zur mündlichen Vertragsänderung nicht konkret genug gewesen seien. Sie habe dargelegt, die Vereinbarung sei Ende Februar 2017 abgeschlossen worden, und sie habe zum Beweis die Befragung ihrer Geschäftsführerin E.\_\_\_\_\_ sowie von D.\_\_\_\_\_ als Zeuge beantragt. Sie vertritt die Ansicht, sie habe angesichts ihres Beweisnotstands die Einwendung der Mietzinsreduktion substantiiert genug vorgebracht. Die Vorinstanz habe die E-Mails einseitig zu ihren Lasten gewürdigt mit der Hervorhebung der Sätze: "Den nächsten halben Mietzins müssen Sie uns bis am 29.05.2017 überwiesen haben. Diese Zahlung werden wir dem noch zu 50 % offenen Mietzins April gutschreiben". Sie bringt vor, es ergebe sich daraus nur, dass die Beschwerdegegnerin auf der Zahlung des ursprünglichen vollen

Mietzinses beharre, nicht aber, dass dies auch zulässig sei. Sie hält daran fest, dass Herr D.\_\_\_\_\_ ihrer Geschäftsführerin eine 50 % Reduktion ab März 2017 zugesagt habe und vermutet, dass er dies nicht vorgängig mit dem Eigentümer abgesprochen habe. Sie hält daran fest, dass die Aktenlage entgegen der Würdigung im angefochtenen Entscheid nicht vollständig und klar sei, sondern Auslegungsbedarf bestehe. Es handle sich nicht um einen klaren Sachverhalt und es beständen durchaus Zweifel an der Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin vermag die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen, wonach aus dem E-Mail-Verkehr der Parteien zweifelsfrei hervorgeht, dass die Beschwerdegegnerin auf der vollen Bezahlung des schriftlich vereinbarten Mietzinses für April 2017 beharrt. Namentlich geht aus der von der Vorinstanz zitierten Passage in der E-Mail vom 17. Mai 2017 sehr wohl hervor, dass die Beschwerdegegnerin auf der Zahlung des gesamten, schriftlich vereinbarten Mietzinses für April 2017 bestand. Dagegen ergeben sich weder aus dem Wortlaut der von der Vorinstanz zitierten Mails noch aus dem Verhalten der Parteien Anhaltspunkte für den Standpunkt der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin vermag die Würdigung der Vorinstanz im Ergebnis auch nicht als willkürlich auszuweisen mit ihrem Vorbringen, dass sie mindestens sinngemäss dargelegt hatte, die mündliche Absprache sei zwischen ihrer Geschäftsführerin und dem für die vorliegende Mietsache zuständigen Vertreter der Beschwerdegegnerin Ende Februar 2017 erfolgt. Denn nachdem die Parteien wegen des Wasserschadens bereits schriftlich eine Stundung der Hälfte des Mietzinses für drei Monate vereinbart hatten, kann in vertretbarer Weise angenommen werden, dass erst recht eine eigentliche Mietzinsreduktion wegen dieses Schadens schriftlich festgehalten worden wäre; die Behauptung einer mündlichen Vereinbarung über eine eigentliche Reduktion vermag keine ernsthaften Zweifel an der Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin zu wecken. Die Vorinstanz konnte in antizipierter Beweiswürdigung willkürfrei schliessen, dass die von der Beschwerdeführerin beantragte Partei- und Zeugenbefragung an dieser Würdigung nichts zu ändern vermöchte.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hat ohne Rechtsverletzung bejaht, dass der Zahlungsverzug der Beschwerdeführerin als tatsächliche Voraussetzung für die Mietkündigung (vgl. Art. 257d OR ) vorliegt; sie hat insofern die Voraussetzungen von Art. 257 ZPO nicht verkannt.

#### **E. 5**

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 11. April 2017 den Betreff "Mahnung mit Kündigungsandrohung" trägt. Weiter hat die Beschwerdegegnerin danach ausgeführt, sie sei verpflichtet, "[s]ie auf Art. 257d Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts aufmerksam zu machen, wonach das Mietverhältnis im Sinne der erwähnten Bestimmungen gekündigt werden kann, sofern Ihre Zahlung innert Frist nicht oder nicht vollständig geleistet wird."

Die Vorinstanz hat die Anforderungen an einen gültigen Kündigungsvorbehalt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht missachtet mit dem Schluss, dass der Beschwerdeführerin die Folgen fehlender Zahlung eindeutig angedroht wurden. Die Beschwerdegegnerin hat sich nicht mit einem blossen Verweis auf Art. 257d Abs. 2 OR begnügt, sondern erklärt, dass sie danach die Kündigung aussprechen könne, falls nicht bezahlt werde. Die Beschwerdeführerin musste im Sinne der Rechtsprechung ( BGE 136 III

196 E. 2.4 S. 198) klar erkennen, dass sich die Beschwerdegegnerin für den Fall der Nichtbezahlung die ausserordentliche Kündigung vorbehielt, zumal der Mietvertrag befristet, unkündbar bis Ende 2020 abgeschlossen war.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die Vorinstanz habe die Anfechtbarkeit der Kündigung wegen Verstosses gegen Treu und Glauben ( Art. 271 OR ) zu Unrecht verneint.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz hat erwogen, die Beschwerdeführerin könne keinen Verstoß gegen Treu und Glauben aus dem Umstand ableiten, dass die Beschwerdegegnerin bereits am 15. März 2017 eine Mahnung geschickt und ihr die Kündigung angedroht habe; ebenso wenig daraus, dass sie nach Ablauf der Zahlungsfrist am 15. Mai 2017 noch zwei Wochen zuwartete, bevor sie die Kündigung erklärte. Dass die Parteien nach Ablauf der Zahlungsfrist noch Verhandlungen führten und insbesondere die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin noch einen unverbindlichen Vorschlag über die Aufteilung der Ersatzkosten für die Wellnessanlage unterbreitete und auch ihr Interesse an der Fortführung des Mietverhältnisses signalisierte, erachtete die Vorinstanz namentlich deshalb nicht als widersprüchlich, weil die Beschwerdegegnerin gleichzeitig stets auf der Zahlung des ausstehenden halben Monatszinses beharrte.

### **E. 6.2**

Soweit die Beschwerdeführerin ein widersprüchliches Verhalten mit der Behauptung begründet, es sei ihr mündlich eine Herabsetzung des Mietzinses um die Hälfte zugesichert worden, vermag sie die verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid nicht zu entkräften ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Dass die Parteien versuchten, eine einvernehmliche Lösung zu finden und namentlich die Beschwerdegegnerin ihr Interesse an einer Weiterführung des Mietverhältnisses signalisierte, hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin bemerkt im Übrigen selbst, dass das Bundesgericht im Urteil 4A\_366/2008 vom 25. November 2008 ein Zuwarten mit der Kündigung von fast drei Wochen nach Ablauf der in der Mahnung gesetzten Zahlungsfrist noch als zulässig qualifizierte. Es kann ihr nicht gefolgt werden, wenn sie die Ansicht vertritt, es verhalte sich hier anders. Denn sie erkennt selbst, dass die Beschwerdegegnerin nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid auch während der Verhandlungen über eine einvernehmliche Lösung zur Weiterführung des Mietvertrags stets auf der Zahlung des abgemahnten Ausstandes bestand. Dass es sich dabei auch um den halben Mietzins für den Monat Mai 2017 gehandelt haben könnte, wie die Beschwerdeführerin vermutet, ist nicht nachvollziehbar - zumal sie selbst erwähnt, dass dieser ebenfalls fällige Mietzins nicht abgemahnt war.

### **E. 6.3**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Obwohl der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, ist keine neue Räumungsfrist anzusetzen, nachdem das Mietobjekt nach der übereinstimmenden Darstellung der Parteien im Wesentlichen geräumt ist.

## **E. 7**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin zu auferlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat der Beschwerdegegnerin deren Anwaltskosten

für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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