

# **BGer 4C.324/2002 vom 3. März 2003**

Bundesgericht, 2003-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.324\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.324_2002)

FR: TF 4C.324/2002 du 3 mars 2003

IT: TF 4C.324/2002 del 3 marzo 2003

## **Regeste**

Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Kläger wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 271a Abs. 1 lit. e, Art. 271a Abs. 3 OR und Art. 2 Abs. 2 ZGB vor.

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR ist eine Kündigung durch den Vermieter insbesondere anfechtbar, wenn sie vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens ausgesprochen wird, in dem der Vermieter mit dem Mieter einen Vergleich geschlossen oder sich sonst wie geeinigt hat. Diese Bestimmung soll dem Mieter während drei Jahren seit Abschluss eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens Schutz vor einer Rachekündigung seitens des Vermieters gewähren. Es besteht somit die gesetzliche Vermutung, dass die Kündigung missbräuchlich ist, wenn sie innert drei Jahren nach Abschluss des Verfahrens ausgesprochen wird. Diese Vermutung kann bei Vorliegen einer der sechs in Art. 271a Abs. 3 OR aufgezählten Ausnahmetatbestände umgestossen werden (Higi, Zürcher Kommentar, N. 267 und 298 zu Art. 271a OR), namentlich bei Kündigungen wegen Zahlungsrückstand des Mieters ( Art. 271a Abs. 3 lit. b OR ), wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme ( Art. 271a Abs. 3 lit. c OR ) oder aus wichtigen Gründen ( Art. 271a Abs. 3 lit. e OR ). Die Aufzählung der Widerlegungsgründe in Art. 271a Abs. 3 OR gilt zwar als abschliessend (Peter Zihlmann, Das Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 218; Christian Calamo, Die missbräuchliche Kündigung der Miete von Wohnräumen, Diss. St. Gallen 1993, S. 240), doch werden weitere Ausnahmen anerkannt (Peter Zihlmann, a.a.O., S. 220 mit Literaturhinweisen und Verweis auf BGE 119 II 147 E. 4b S. 155), insbesondere die rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR durch den Mieter, die Higi (a.a.O., N. 261 zu Art. 271a OR) nicht nur auf die Verfahrenseinleitung, sondern auch auf das kündigungsbegründende Verhalten des Mieters ausgedehnt sehen möchte.

#### **E. 1.2**

Der (gerichtliche) Vergleich ist ein Vertrag, mit dem ein Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt wird ( BGE 121 III 397 E. 2c S. 404 mit Hinweisen). Es ist nicht entscheidend, inwieweit der Vermieter in diesem Vergleich bezüglich seines Standpunktes nachgegeben hat, d.h. unterlegen ist (Higi, a.a.O., N. 294 zu Art. 271a OR mit Hinweisen). Der Schutz des Mieters besteht, auch wenn der Vermieter nur geringe Konzessionen gemacht hat. Von einem Vergleich ist hingegen nicht

zu sprechen, wenn der Mieter den Anspruch des Vermieters vor der Schlichtungsbehörde vollständig anerkennt (Lachat/ Stoll/ Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 1999, S. 547). Die Vorinstanz ist zu Recht vom Zustandekommen eines Vergleichs zwischen den Parteien im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. e Ziff. 4 OR ausgegangen. Sie stellte fest, die Vermieterin habe am 19. Oktober 1998 die Kündigung zurückgezogen, während der Kläger sich zu den im Vergleich aufgeführten Handlungen verpflichtet habe. Die Vorinstanz hielt demzufolge bundesrechtskonform dafür, die Parteien hätten durch gegenseitige Zugeständnisse am 19. Oktober 1998 einen Vergleich abgeschlossen, der am 20. Oktober 1998 die dreijährige Kündigungssperrfrist ausgelöst habe (vgl. Higi, a.a.O., N. 272 zu Art. 271a OR ; Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 547). Die am 21. September 2001 ausgesprochene Kündigung ist mithin, wie die Vorinstanz richtig angenommen hat, während der Sperrfrist ausgesprochen worden.

## **E. 2.1**

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen ( Art. 63 Abs. 2 OG ) oder wegen fehlerhafter Rechtsanwendung im kantonalen Verfahren zu ergänzen sind ( Art. 64 Abs. 2 OG ).

### **E. 2.1.1**

Der Kläger setzt sich mit den in der Kündigung genannten Kündigungsgründen auseinander. Diese seien von der beweispflichtigen Vermieterin nicht bewiesen worden. Da bei einer während der Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung die gesetzliche Vermutung einer Rache Kündigung besteht, trifft den Vermieter die Beweislast für die von ihm eingewendeten Ausnahmetatbestände im Sinne von Art. 271a Abs. 3 OR . Bei Vorliegen einer gesetzlichen Vermutung ist Art. 8 ZGB dann verletzt, wenn der Richter die Zweifel an der Richtigkeit der Sachbehauptungen zu Gunsten der beweisbelasteten Partei wegräumt (Bernard Corboz, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, in: SJ 2000 II, S. 1 ff., S. 39).

### **E. 2.1.2**

In Bezug auf die Zahlungsmoral behauptet der Kläger, dass ein Zahlungsrückstand nicht bestanden habe. Er gibt zu, finanzielle Engpässe gehabt zu haben, behauptet aber, seiner Zahlungspflicht immer nachgekommen zu sein und der Vermieterin die Verzögerung bei der Mietzinsüberweisung stets mitgeteilt zu haben. Die Vorinstanz stellt fest, die Mieterschaft habe die Mietzinse in der Zeit von Dezember 2000 bis Januar 2002 regelmässig schleppend bezahlt. So seien die Mietzinse meistens mit einem Monat Verspätung, für den Januar, Februar und März 2001 erst nach zwei Monaten und mehr der Vermieterin überwiesen worden. Diese habe die Mieterschaft wegen ihrer schlechten Zahlungsmoral mehrfach gemahnt und ihr mit der Kündigung gedroht. Die schlechte Zahlungsmoral sei auch der Grund für die ausserordentliche Kündigung vom 5. Oktober 2001 gewesen.

### **E. 2.1.3**

Der Kläger macht weiter geltend, das Thema Hundehaltung sei mit dem Vergleich vom 19. Oktober 1998 abgeschlossen worden. Bis im Juni 2001 habe es seitens der Beklagten keinerlei Beanstandungen gegeben, obwohl er vom Oktober 1999 bis zum März 2001 mehrere junge Welpen gehabt habe. Als die erste Reklamation im Juni 2001 eingetroffen sei, seien noch drei Hunde im Mietobjekt gehalten worden. Die Hundehaltung sei im

Mietvertrag vereinbart worden und für die angebliche schlechte Hundehaltung fehle es an Beweisen. Die Vorinstanz stellt fest, die Mieterschaft habe Hunde gehalten, obwohl dies ursprünglich nach dem Mietvertrag nicht zulässig gewesen wäre. Durch den Nachwuchs sei viel Kot entstanden, der nicht aufgeräumt worden sei, obwohl sich die Mieterschaft im Vergleich vom 19. Oktober 1998 dazu verpflichtet habe. Die Vermieterin habe am 6. Juni 2001 schriftlich verlangt, dass alle Hunde entfernt werden.

#### **E. 2.1.4**

Schliesslich wendet der Mieter ein, das Garagendach werde seit Mietbeginn von ihm benutzt, da es laut dem damaligen Verwalter zum Mietobjekt gehöre. Beanstandungen habe es diesbezüglich erst in einem Schreiben vom 2. Oktober 2001 gegeben. Das Kinderbassin sei im Mai 1999 aufgestellt und im Sommer 1999 versetzt worden. Die Vermieterin, die im gleichen Haus wohne, habe dies geduldet und die Entfernung erst im Jahre 2001 verlangt. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz hatte der Mieter entgegen den Weisungen der Vermieterin ein Schwimmbassin im Garten bzw. auf dem Garagendach aufgestellt. Bei diesem Bassin habe es sich keineswegs nur um ein Kinderbassin, sondern um ein fest installiertes Schwimmbassin gehandelt. Die Vermieterin habe mehrmals - am 6. und 19. Juni 2001 - schriftlich verlangt, dass dieses Bassin entfernt werde, damit keine Schäden, insbesondere Risse am Garagendach entstehen.

#### **E. 2.1.5**

Zusammengefasst legt der Kläger mithin seiner Begründung weitgehend einen von den Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zugrunde und schliesst daraus, der Vermieter habe die Kündigungsgründe nicht bewiesen. Da er mit seinen Ausführungen weder eine unvollständige Sachverhaltsermittlung noch die Verletzung von Art. 8 ZGB rügt, übt er eine im Berufungsverfahren unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung. Auf seine Vorbringen ist daher insoweit nicht einzutreten. Wenn der Kläger zudem geltend macht, die Kündigungsgründe seien lediglich vorgeschoben worden, ist er nicht zu hören, denn das Motiv einer Kündigung ist eine Tatfrage, die vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüft werden kann ( BGE 115 II 484 E. 2b S. 486; 113 II 460 E. 3b S. 462).

### **E. 3**

Der Kläger wendet ein, die zur Begründung der Kündigung genannten Umstände stellten weder einen Zahlungsrückstand im Sinne von Art. 257d OR noch eine schwere Pflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 und 4 OR dar.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ist, gestützt auf die strittige Kündigung, nicht von einem Zahlungsrückstand des Mieters im engeren Sinne ( Art. 257d OR ) ausgegangen. Sie bringt vielmehr zum Ausdruck, dass der Kläger durch seine beharrliche Verspätung der Mietzinszahlungen wiederholt während mehr als einem Jahr kleinere Pflichtverletzungen begangen habe, die zusammen mit den anderen Kündigungsgründen zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses geführt hätten. Eine wiederholte Verspätung von Mietzinszahlungen stellt aber nicht eine eigentliche Verletzung der Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 271a Abs. 3 lit. c OR dar, d.h. der Pflicht zum sorgfältigen und vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache, sondern allenfalls einen wichtigen Grund gemäss Art. 271a Abs. 3 lit. e OR und im Sinne von Art. 266g OR (SVIT-Kommentar Mietrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 59 zu Art. 271a OR ). Nur insoweit besteht eine Verbindung zu den anderen von der Vermieterin

aufgezählten Kündigungsgründen, da die Sorgfaltspflichtverletzung letztlich auch als ein spezieller wichtiger Grund betrachtet werden kann (SVIT-Kommentar Mietrecht, a.a.O., N. 34 zu Art. 257f OR ). Dieser Frage muss jedoch nicht näher nachgegangen werden, sofern der Ausnahmetatbestand der Sorgfaltspflichtverletzung durch die anderen in der Kündigung genannten Gründe erfüllt ist.

### **E. 3.2**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen die zur ausserordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Gründe im Kündigungsschreiben nicht explizit genannt werden; es ist indessen unerlässlich, dass der Empfänger der Auflösungserklärung entnehmen kann, dass es sich nicht um eine ordentliche Kündigung handelt (vgl. Urteil 4C.16/2000 vom 24. Januar 2001 E. 2b/cc; Urteil 4C.202/1994 vom 3. Oktober 1995, auszugsweise publiziert in MRA 1996 S. 226 ff. und in Droit du bail 1997 S. 9 ff., E. 2b/aa; vgl. BGE 92 II 184 E. 4a S.186). Die während der Kündigungssperrfrist ausgesprochene und später begründete Kündigung vom 21. September 2001 erfüllt dieses Erfordernis.

### **E. 3.3**

Der Kläger wirft der Beklagten vor, sie habe die Hunde, das Benutzen des Garagendaches sowie das Aufstellen des Schwimmbassins über mehrere Jahre bis 2001 geduldet. Deshalb wiege die Sorgfaltspflichtverletzung nicht schwer und sei das Weiterbestehen des Mietverhältnisses nicht unzumutbar.

#### **E. 3.3.1**

Das Gesetz umschreibt die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung als Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter oder die Hausbewohner (Higi, a.a.O., N. 58 zu Art. 257f OR ). Ob eine Unzumutbarkeit vorliegt, beurteilt sich nicht nach abstrakten Kriterien, sondern nach solchen der Billigkeit (Higi, a.a.O., N. 59 zu Art. 257f OR ). Das Bundesgericht prüft derartige Billigkeitsentscheidungen zwar im Berufungsverfahren grundsätzlich frei, übt aber mit Blick auf den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn diese von allgemein anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift es in Ermessensentscheide ein, welche sich als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 126 III 266 E. 2b S. 273 mit Hinweisen).

#### **E. 3.3.2**

Bei der Sorgfaltspflichtverletzung gemäss Art. 271a Abs. 3 lit. c OR ist nicht erforderlich, dass der Vermieter sofort zum Mittel der schriftlichen Mahnung greift. Auch wenn der Vermieter zuerst nur mündlich mahnt, geht der Kündigungsanspruch wegen einer fortdauernden Sorgfaltspflichtverletzung nicht unter, wenn in einem späteren Zeitpunkt eine schriftliche Mahnung erfolgt (Lachat/Stoll/Brunner, a.a.O., S. 474).

#### **E. 3.3.3**

Auch wenn ursprünglich die Hundehaltung gemäss Mietvertrag nicht zulässig war, ist sie von der Beklagten offensichtlich geduldet worden, da im Vergleich vom 19. Oktober 1998 nur die Frage der Versäuberung der Hunde geregelt worden ist. Indessen stellt die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich fest, die Hunde hätten Nachwuchs bekommen, wodurch viel Hundekot entstanden sei, der nicht weggeräumt worden sei. Der

Kläger, der sich im Rahmen des Vergleichs zur Sauberhaltung verpflichtet hatte, kann sich nicht auf Duldung seitens der Beklagten berufen, wenn er - wie festgestellt - später, insbesondere nach der Vermehrung seiner Hunde, dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Damit kann weder von einer Unterlassung der rechtzeitigen Mahnung noch von einem treuwidrig erweckten Duldungsschein (vgl. Urteil 4C.253/1996 vom 17. März 1997, E. 2b) seitens der Beklagten ausgegangen werden. Dasselbe gilt für das Schwimmbassin, das gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz entgegen den Weisungen der Beklagten, welche die Entstehung von Rissen befürchtete, auf das Garagendach versetzt worden ist. Auch in diesem Fall sind den schriftlichen Mahnungen Weisungen der Vermieterin vorangegangen, die der Kläger nicht befolgte.

#### **E. 3.4**

Die Vorinstanz ist von einem mehrfach vertragswidrigen Verhalten des Klägers ausgegangen, das sie für die Beklagte als unzumutbar betrachtete. Dabei hat sie auch Gründe aufgeführt, die in der Kündigung nicht geltend gemacht worden sind. So hat sie namentlich das bereits im Vergleich vom 19. Oktober 1998 geregelte Verbot der Untervermietung thematisiert, das nach ihren Feststellungen während des Verfahrens immer noch bestand. Auch hat sie darauf hingewiesen, dass die Mietzinse selbst während des erstinstanzlichen Verfahrens nie pünktlich überwiesen wurden. Indem sie diese Umstände in ihre Interessenabwägung einfliessen liess, hat die Vorinstanz die ständige Undiszipliniiertheit seitens des Klägers untermauert, ohne dabei die wichtigen Umstände ausser Betracht zu lassen. Sie hat mithin ihr Ermessen nicht missbraucht und durch die Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung Bundesrecht nicht verletzt. Es erübrigt sich somit, auf die weiteren von der Vorinstanz erwogenen rechtlichen Aspekte einzugehen.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Kläger ist kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ).

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