

# **BGer 4C.373/2006 vom 29. Januar 2007**

Bundesgericht, 2007-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.373\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.373_2006)

FR: TF 4C.373/2006 du 29 janvier 2007

IT: TF 4C.373/2006 del 29 gennaio 2007

## **Regeste**

Mietvertrag; Ausweisung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006, 1205,1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG ( Art. 132 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Die Berufung ist zulässig gegen Endentscheide der oberen kantonalen Gerichte ( Art. 48 OG ). Da der Entscheid des Ausweisungsrichters nach Art. 274g OR in einem vollständigen Erkenntnisverfahren ergehen muss und ihm von Bundesrechts wegen materielle Rechtskraft zukommt, ist die Berufung insofern zulässig ( BGE 131 I 242 E. 3.1 S. 246 mit Verweisen). Die übrigen formellen Voraussetzungen liegen vor, weshalb auf das Rechtsmittel grundsätzlich einzutreten ist.

### **E. 3**

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 im Hinblick auf den Tatbestand einer anwendbaren Sachnorm ergänzungsbedürftig sind ( Art. 64 OG ). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, so hat die Partei, welche den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen ( Art. 55 Abs. 1 lit. c und d OG ; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106 mit Hinweisen). Blosser Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren unzulässig ( BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13; 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3 S. 85, je mit Hinweisen).

#### **E. 3.1**

Als Verstoss gegen die bundesrechtliche Beweisregel von Art. 8 ZGB rügen die Beklagten, die kantonalen Instanzen hätten den Beweis für die Abrede eines Mietzinses von Fr. 3'500.-- durch den Kläger als erbracht angesehen, obwohl der Kläger dafür keine Beweise vorgelegt habe und kein Grund für ein Absenken des Beweismasses bestehe. Die Vorinstanz hat in Würdigung der Beweise geschlossen, dass über den tatsächlich geschuldeten Mietzins keine Einigung zustande gekommen ist. Die Rüge der Beklagten richtet sich gegen eine Feststellung, welche die Vorinstanz gar nicht getroffen hat und ist damit gegenstandslos.

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat aus den Aussagen der Beklagten geschlossen, dass ein Zusammenhang zwischen der von den Beklagten übernommenen Liegenschaftsverwaltung und der Überlassung des Mietobjektes bestand. Sie hat geschlossen, dass die Beklagten gewisse Arbeiten für den Kläger erledigten und dass dieser ihnen als Entschädigung eine Unterkunft zur Verfügung stellte. Nach den Feststellungen im angefochtenen Entscheid waren sich die Parteien in diesem Punkt einig. Das Gericht trifft damit entgegen der Behauptung der Beklagten keine Feststellung zum Wert der Arbeitsleistung einerseits und dem Mietwert der Liegenschaft andererseits. Es stellt vielmehr den tatsächlich übereinstimmenden Willen der Parteien in dem Sinne fest, dass die Beklagten gewisse Arbeitsleistungen im Bereich der Liegenschaftsverwaltung für den Kläger erbrachten und dieser ihnen als Gegenleistung die umstrittene Nutzung der Liegenschaft überliess. Den Vorbringen der Beklagten ist nicht zu entnehmen, welche rechtlich erheblichen Beweise sie frist- und formgerecht vorgelegt haben wollen, mit der sie die tatsächlich im angefochtenen Urteil getroffene Feststellung widerlegen wollten. Sie berufen sich auch auf keinerlei im kantonalen Verfahren aufgestellte Behauptungen, mit denen sie hätten vorbringen wollen, dass ihnen der Kläger die Liegenschaft tatsächlich ohne bzw. gegen eine symbolische Gegenleistung - und unter zusätzlicher Übernahme der Nebenkosten zu seinen Lasten - überlassen wollte. Die im Berufungsverfahren ohnehin weitgehend unzulässigen Vorbringen der Beklagten gegen die Feststellung der Vorinstanz über den tatsächlichen Parteiwillen sind nicht zu hören.

### **E. 3.3**

Dies gilt auch für die Vorbringen der Beklagten, mit denen sie unter Berufung auf Art. 8 ZGB eine Ergänzung des Sachverhalts gemäss Art. 63 Abs. 2 OG beantragen. Soweit sie sinngemäss vorbringen, es habe zwischen dem Kläger und der Beklagten ein Arbeitsvertrag bestanden - nicht ein blosses Mandatsverhältnis mit dieser oder der D. \_\_\_\_\_ GmbH, für welche die Beklagte tätig war -, legen sie nicht dar, welche Behauptungen sie insofern aufgestellt und welche Beweise sie im kantonalen Verfahren beantragt hätten. Soweit sie geltend machen, der Kläger habe widersprüchliche Aussagen darüber gemacht, wer (der Beklagte oder die Beklagte bzw. die D. \_\_\_\_\_ GmbH) die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung der Liegenschaft zu erbringen hatte, ist ihrer Eingabe nicht zu entnehmen und auch nicht ersichtlich, was sie daraus in rechtlicher Hinsicht ableiten wollen. Der Begründung der Berufung, soweit sie überhaupt verständlich ist, sind keine im vorliegenden Verfahren zulässigen Rügen zu entnehmen, mit denen die verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz in Frage gestellt werden könnten.

### **E. 4**

Die Vorinstanz hat die vom Kläger begehrte Ausweisung der Beklagten aus der Liegenschaft mit der Begründung geschützt, die Parteien hätten über den wesentlichen Vertragspunkt des Mietzinses keine Einigung erzielt, weshalb ein Mietvertrag nicht zustande gekommen sei. In einer Eventualbegründung hat das Gericht erwogen, die Vereinbarung könne auch als gemischter Vertrag qualifiziert werden. In diesem Fall seien die Beklagten mit der in Arbeit zu leistenden Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung in Verzug geraten, weshalb die Kündigung gemäss Art. 257d OR zulässig sei.

### **E. 4.1**

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz waren sich die Parteien tatsächlich einig, dass die Beklagten gewisse Arbeiten für den Kläger erledigten und dass dieser ihnen als Entschädigung eine Unterkunft zur Verfügung stellte. Die Beklagten haben nach den

Feststellungen im angefochtenen Urteil die Liegenschaft nach eigenen Aussagen am 1. November 2002 bezogen. Sie haben die Arbeiten offenbar wie vereinbart bis Ende 2005 erledigt, als ihnen der Kläger das Mandat zur Liegenschafts-Verwaltung entzog und sich auf den Standpunkt stellte, sie hätten - gemäss einer mündlichen Vereinbarung, die von der Vorinstanz nicht als erwiesen angesehen worden ist - nunmehr einen monatlichen Mietzins von Fr. 3'500.-- zu bezahlen. Die Beklagten weisen nicht nach, dass sie im kantonalen Verfahren irgendwelche Behauptungen aufgestellt hätten und im angefochtenen Entscheid finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass sie ab Januar 2006 noch Dienstleistungen für den Kläger erbracht hätten.

#### **E. 4.2**

Der Vorinstanz ist beizustimmen, wenn sie im Eventualstandpunkt den Vertrag der Parteien als gemischten qualifiziert ( BGE 131 III 528 E. 7.1.1 S. 531 mit Verweisen; Peter Higi, Zürcher Kommentar, N. 201 ff./216 der Vorbem. zu 253-274g OR). Der Kläger verpflichtete sich zur Überlassung seiner Liegenschaft an die Beklagten zum Gebrauch entsprechend der Hauptleistung des Vermieters im Mietvertrag ( Art. 253 OR ). Als Gegenleistung der Beklagten wurde jedoch kein Mietzins ( Art. 257 OR ), sondern Dienstleistungen vereinbart, welche die Beklagten zugunsten des Klägers insbesondere bei der Verwaltung von Liegenschaften erbringen sollten. Stehen auf diese Weise verschiedene Parteivereinbarungen nicht als selbständige Verträge nebeneinander, sondern sind sie nach dem Willen der Parteien in der Art miteinander verknüpft und voneinander abhängig, dass ein gemischter oder zusammengesetzter Vertrag vorliegt, so wird dieser als Einheit aufgefasst. Dies wirkt sich insbesondere für die Vertragsbeendigung aus, da es nicht angeht, die einzelnen Vertragsbestandteile angesichts ihrer gegenseitigen Abhängigkeit einem unterschiedlichen rechtlichen Schicksal zu unterwerfen ( BGE 118 II 157 E. 3a S. 162). Es ist vielmehr für jede Rechtsfrage der vertragliche Regelungsschwerpunkt zu ermitteln ( BGE 131 III 528 E. 7.1.1 S. 532).

#### **E. 4.3**

Im vorliegenden Fall kommt dem mietvertraglichen Element keine bloss untergeordnete Bedeutung zu. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass für die Beklagten die Familienwohnung von existentieller Bedeutung und damit mindestens ebenso wichtig ist wie die Dienstleistungen der Beklagten für den Kläger. Eine Kündigung zu jeder Zeit mit sofortiger Wirkung, wie sie für den Auftrag gemäss Art. 404 OR zwingend vorgesehen ist, kommt nach der Interessenlage der Parteien nicht in Betracht, was dem Kläger nach Treu und Glauben bewusst sein musste (vgl. BGE 115 II 452 E. 3 S. 454 f.). Vielmehr sind grundsätzlich die zwingenden Schutzbestimmungen massgebend, welche das Mietrecht für die Beendigung des Vertrags über Wohnräume vorsieht. Dies schliesst freilich nicht aus, dass auch dem Kläger die in Art. 404 OR vorgesehene Möglichkeit gewahrt bleiben muss, den Beklagten jederzeit die Liegenschaftsverwaltung zu entziehen, wenn er das erforderliche Vertrauen verliert. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz haben die Parteien den Fall, dass der Kläger das Mandat zur Liegenschaftsverwaltung während weiterbestehendem Vertragsverhältnis widerrufen würde, vertraglich nicht geregelt. Der Vertrag ist insofern lückenhaft und bedarf der Ergänzung ( BGE 107 II 144 E. 3 S. 148; Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Rz. 1248).

#### **E. 4.4**

Dispositives Recht ist für den vorliegenden Innominatvertrag nicht vorhanden, weshalb die Ergänzung nach dem hypothetischen Parteiwillen vorzunehmen ist. Danach ist zu ermitteln, was die Parteien in guten Treuen vereinbart hätten, wenn sie den eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten. Die Ergänzung hat sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des konkret in Frage stehenden Vertrages zu orientieren ( BGE 127 III 300 E. 6a S. 307). In diesem Sinne konnten die Beklagten als vernünftige und redliche Vertragspartner nicht annehmen, dass der Kläger abgesehen vom vereinbarten symbolischen Franken monatlich auf jede Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung seiner Liegenschaft verzichte. Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Parteien - hätten sie den Fall bedacht, dass der Kläger den Beklagten während des Vertragsverhältnisses die Liegenschaftsverwaltung entziehen würde - eine andere Leistung der Beklagten als Synallagma für die Nutzung der Wohnliegenschaft vereinbart hätten. Als Gegenleistung kommt mangels jeglicher Anhaltspunkte für andere mögliche Leistungen der Beklagten nur eine Geldzahlung in Betracht. Es ist daher davon auszugehen, die Parteien hätten - wäre der Fall geregelt worden - einen Mietzins vereinbart.

#### **E. 4.5**

Über die Höhe des Mietpreises haben sich die Parteien nicht geeinigt. Der Kläger hat vielmehr den Mietzins aus seiner Sicht festgesetzt und dessen Bezahlung von den Beklagten gefordert, unter Androhung der Verzugsündigung. Die Beklagten haben sich diesem Vorgehen nicht mit der Begründung widersetzt, sie seien mit der Höhe des Mietzinses nicht einverstanden. Sie haben sich vielmehr auf den Standpunkt gestellt - und vertreten diesen auch noch im Verfahren der Berufung - dass sie auch dann keinen Mietzins über den symbolischen Franken pro Monat hinaus zu entrichten hätten, wenn der Kläger ihnen den Auftrag für die zu erbringenden, vertraglich vereinbarten Dienstleistungen entziehe. Sie haben damit eine Ergänzung des Vertrags überhaupt abgelehnt. Da sie sich mit der ungerechtfertigten Verweigerung jeder Gegenleistung (über den symbolischen Franken pro Monat hinaus) für die von ihnen genutzte Liegenschaft in jedem Fall ab anfangs 2006 in Verzug befunden haben ( Art. 108 OR ), muss für die hier zu beurteilende Frage der Zulässigkeit der ausserordentlichen Kündigung die konkrete Höhe des Mietzinses nicht bestimmt werden. Die Vorinstanz ging im Ergebnis zutreffend davon aus, dass sich die Beklagten in Verzug befanden. Dass die Kündigung gemäss Art. 257d OR für den Fall des Verzugs korrekt erfolgte, ist im Übrigen unbestritten.

#### **E. 5**

Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die den Beklagten zum Verlassen des Mietobjekts gesetzte Frist ist während des vorliegenden Berufungsverfahrens - dem von Gesetzes wegen Suspensivwirkung zukommt - abgelaufen. Entgegen dem Antrag des Klägers in der Antwort ist unter diesen Umständen die Ausweisung nicht mit sofortiger Wirkung anzuordnen, sondern es ist der Ausweisungstermin wiederum neu festzusetzen, wobei sich die neue Frist an der von der Vorinstanz zusätzlich bemessenen Zeit orientieren kann. Die Gerichtsgebühr ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens den Beklagten zu auferlegen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Diese haben dem Kläger, der sich durch einen Anwalt hat vernehmen lassen, die Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen ( Art. 159 Abs. 2 OG ).