

# **BGer 4P.42/2003 vom 14. Juli 2003**

Bundesgericht, 2003-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4P.42\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4P.42_2003)

FR: TF 4P.42/2003 du 14 juillet 2003

IT: TF 4P.42/2003 del 14 luglio 2003

## **Regeste**

Zivilprozess

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Zur Begründung seiner Legitimation weist der Beschwerdeführer auf seine Parteistellung im kantonalen Verfahren hin und führt aus, als Vermieter von diversen Geschäftsräumlichkeiten habe er ein schützenswertes Interesse an einer verbindlichen Beurteilung des strittigen Verfahrens nach Art. 274g OR durch eine Rechtsmittelinstanz.

### **E. 1.2**

Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde bestimmt sich ausschliesslich nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege und nicht danach, ob ein Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren Parteistellung hatte ( BGE 114 Ia 93 E. 1 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer ist hinsichtlich des kantonalrechtlichen Kostenentscheides in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt ( BGE 118 Ia 46 E. 3a mit Hinweisen). Da er aber die im kantonalen Beschluss festgestellte Gegenstandslosigkeit - die er im Übrigen in seiner Berufungsbegründung als Eventualantrag vorgebracht hat - vor Bundesgericht nicht angefochten hat, fehlt ihm zum Vornherein die Legitimation, Rügen vorzubringen, welche auf eine unmittelbare Beantwortung der materiellen Rechtsfragen abzielen. Dementsprechend ist er ebenfalls nicht zu hören, soweit er sein schützenswertes Interesse an einer verbindlichen Beurteilung des strittigen Verfahrens nach Art. 274g OR durch eine Rechtsmittelinstanz im Zusammenhang mit der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs vorbringt.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht geltend, die Kostenverlegung im kantonalen Verfahren sei unter Verletzung von zwingenden bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften sowie von verfassungsmässigen Rechten erfolgt.

### **E. 2.2**

Das Kantonsgericht hält in seinem Beschluss dafür, gemäss § 60 Abs. 1 ZPO /SZ entscheide das Gericht nach Ermessen über die Kostenfolge, wenn der Prozess gegenstandslos geworden sei oder wenn das rechtliche Interesse an der Beurteilung der Klage entfallen sei. Es sei in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst habe, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst habe. Der Kostenentscheid ergehe aufgrund einer summarischen Prüfung und Würdigung des aktenkundigen Sach- und Rechtsstandes zum Zeitpunkt des Eintritts des Erledigungsgrundes. Dagegen erhebt der Beschwerdeführer - zu

Recht - keine Rügen. Vor Bundesgericht kann er denn auch nur noch geltend machen, das Kantonsgericht habe bei seiner im beschriebenen Sinn bloss summarischen Prüfung gegen verfassungsmässige Rechte verstossen. Dies verkennt der Beschwerdeführer, soweit er den angefochtenen Beschluss in einer Weise rügt, als handle es sich um einen Sachentscheid. Verfassungswidrig wäre die Kostenregelung bloss, wenn die zur materiellen Rechtslage angestellten Überlegungen des Kantonsgerichts jeglicher vernünftigen Grundlage entbehrten, d.h. sich im Ergebnis als willkürlich erwiesen (vgl. zum Begriff der Willkür BGE 129 I 8 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer wendet zuerst ein, das Verfahren vor erster Instanz verstosse gegen Art. 274g OR. Die Kündigungsanfechtung sei im beschleunigten, die Ausweisung im summarischen Verfahren behandelt worden. Das Kantonsgericht habe in einer summarischen Prüfung im Hinblick auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen die Dualität des erstinstanzlichen Kündigungsanfechtungs- und Ausweisungsverfahrens geschützt. Der kantonale Kostenentscheid sei daher in Missachtung von zwingendem Bundesrecht im Sinne von Art. 49 BV (derogatorische Kraft des Bundesrechts) ergangen. Der Zweck von Art. 274g OR könne nur erreicht werden, wenn Kündigungsanfechtung und Ausweisung nicht nur vom gleichen Richter, sondern auch in der gleichen oder zumindest gleich ausgestalteten Verfahrensart beurteilt würden. Dies müsse auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren gelten, das für die Kündigungsanfechtung die Berufung an das Kantonsgericht, für die Ausweisung den Rekurs an das Kantonsgericht vorsehe. Aus BGE 117 II 559 E. 2d betreffend den Kanton Schwyz ergebe sich, dass beide Entscheide im summarischen Verfahren zu fällen seien. Dies habe das Kantonsgericht, indem es nur die Kognition des Ausweisungsrichters berücksichtigt habe, willkürlich ignoriert.

### **E. 3.2**

Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts ( Art. 49 Abs. 1 BV ) schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend geregelt hat, eine Rechtsetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln ( BGE 127 I 60 E. 4a S. 68 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Ficht der Mieter eine ausserordentliche Kündigung an und ist ein Ausweisungsverfahren hängig, so ist nach Art. 274g Abs. 1 OR der Ausweisungsrichter auch zuständig, über die Gültigkeit der Kündigung zu entscheiden, wenn der Vermieter, unter anderem wegen Zahlungsrückstands des Mieters ( Art. 257d OR ), ausserordentlich gekündigt hat. Grundsätzlich bleiben die Kantone zuständig, die Behörden zu bezeichnen und das Verfahren auszugestalten ( Art. 274 OR ). Diese Zuständigkeit wird jedoch durch die zwingende Ordnung von Art. 274g OR eingeschränkt. Sie verpflichtet Kantone, die das Ausweisungs- und das Anfechtungsverfahren verschiedenen Behörden zuweisen, dafür zu sorgen, dass der Ausweisungsrichter in Fällen, wo neben dem Ausweisungsbegehren eine Kündigungsanfechtung hängig ist, auch über die Gültigkeit der Kündigung entscheidet. Die Kompetenzattraktion an den Ausweisungsrichter soll im Interesse der beförderlichen Erledigung mietrechtlicher Auseinandersetzungen ( Art. 274d Abs. 1 OR ) vermeiden, dass mehrere Verfahren vor verschiedenen Behörden durchgeführt werden müssen, und die

Gefahr widersprüchlicher Urteile verhindern. Damit die Mieterrechte in einem summarischen oder beschleunigten Verfahren nicht verkürzt werden, ist der von Bundesrechts wegen zum Entscheid über Kündigungsanfechtungen zuständige Ausweisungsrichter sodann unbekümmert um die Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens verpflichtet, die angefochtene Gültigkeit der Kündigung sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen (vgl. zum Ganzen BGE 122 III 92 E. 2c; 119 II 141 E. 4a, mit Hinweisen).

#### **E. 3.4**

Das Kantonsgericht führt dazu aus, nach kantonalem Recht seien Kündigungsanfechtungen durch den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren (§ 5 lit. a der Kantonalen Vollzugsverordnung zum Schweizerischen Obligationenrecht und zu den dazugehörigen Ergänzungs- und Ausführungserlassen [VVzOR]) und die Ausweisung von Mietern durch den gleichen Einzelrichter im summarischen Verfahren zu beurteilen, wobei eine Verweisung ins ordentliche Verfahren ausgeschlossen sei (§ 4 Ziff. 12 VVzOR). Aus dem Bundesrecht ergebe sich einzig, dass der zum Entscheid über Kündigungsanfechtungen zuständige Ausweisungsrichter - unbekümmert um die Ausgestaltung des Ausweisungsverfahrens - die angefochtene Gültigkeit der Kündigung sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht mit uneingeschränkter Kognition umfassend zu prüfen habe. In welchem Verfahren dies zu erfolgen habe, sei, unter Vorbehalt von Art. 274d Abs. 1 OR, Sache der Kantone. Das kantonale Recht sehe in Bezug auf Art. 274g OR keine besondere Bestimmung vor. Der Vorderrichter habe eine umfassende und somit bundesrechtskonforme Prüfung vorgenommen. Aufgrund dieser summarischen Begründung hat das Kantonsgericht die Kosten der beiden erstinstanzlichen Verfahren vollumfänglich dem Beschwerdeführer auferlegt und diesen verpflichtet, die Beschwerdegegnerin ausserrechtlich zu entschädigen.

#### **E. 3.5**

Der Auffassung des Beschwerdeführers, wonach verfassungsrechtlich sowohl der Entscheid über die Kündigungsanfechtung als auch derjenige über die Ausweisung zwingend im summarischen Verfahren zu fällen seien, kann nicht gefolgt werden. Sie lässt sich auch nicht auf eine Bemerkung in BGE 117 II 554 E. 2d stützen, wonach die Kompetenzattraktion des Art. 274g OR zur Folge hat, "dass im summarischen Ausweisungsverfahren endgültig über den Anfechtungs- und Erstreckungsanspruch geurteilt wird, ..." Denn diese Rechtsprechung wurde dahingehend präzisiert (E. 3.3 hievore), dass der Schwerpunkt auf die Kognition des Ausweisungsrichters zu setzen sei, um die Mieterrechte zu wahren. Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers hat sich das Kantonsgericht nicht nur mit der Kognitionsfrage, sondern auch mit der Verfahrensausgestaltung befasst. Es hat infolge der - vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht angefochtenen - Gegenstandslosigkeit im Rahmen einer summarischen Prüfung, die als solche vom Beschwerdeführer ebenfalls nicht beanstandet wird, die bundesgerichtliche Praxis zu Art. 274g OR in einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Weise befolgt. Die Rüge der Verletzung von Art. 49 BV läuft letztlich auf eine in einem Verfahren betreffend Kostenverlegung bei Gegenstandslosigkeit unzulässige unmittelbare Überprüfung von bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften hinaus. Diese Rüge ist jedenfalls unbegründet.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Einzelrichter habe zwar beide Verfahren vereinigt, aber im beschleunigten Verfahren hinsichtlich der Kündigungsanfechtung, in Abweichung der für das summarische Ausweisungsverfahren geltenden Grundsätze, zwei Schriftenwechsel durchgeführt. Daher habe sich das Ausweisungsverfahren über volle sieben Monate hingezogen. Dies widerspreche in krasser Weise dem bundesrechtlichen Beschleunigungsgebot in mietrechtlichen Auseinandersetzungen, komme damit einer formellen Rechtsverweigerung gleich oder stelle zumindest eine Rechtsverzögerung dar. Das Kantonsgericht habe in seinem Beschluss diese Verfahrensleitung gebilligt.

#### **E. 4.2**

Um dem im Bundesrecht vorgeschriebenen Beschleunigungsgebot hinreichend Rechnung zu tragen, beinhaltet Art. 274g OR zweierlei: Einerseits verbietet er eine Beweisbeschränkung, d.h. eine Beweisstrenge- und Beweismittelbeschränkung, andererseits verpflichtet er den Ausweisungsrichter, auf das Ausweisungs- und Kündigungsschutz-, evtl. auch auf ein Erstreckungsbegehren einzutreten und diese materiell zu behandeln. Weiterhin aber bleibt Sache der Kantone, die nach Art. 274g OR zuständige Ausweisungsbehörde zu bezeichnen. Den Kantonen steht es frei, ob sie damit den ordentlichen oder summarischen Richter, das Mietgericht oder den ordentlichen Ausweisungsrichter oder eine andere Behörde beauftragen wollen. Gefordert wird von Bundesrechts wegen einzig, dass die Bezeichnung des Ausweisungsrichters in dem Sinne klar erfolgt, dass für den Rechtssuchenden ohne weiteres ersichtlich ist, wer für die Beurteilung des Ausweisungs- und Kündigungsschutzbegehrens nach Art. 274g OR zuständig ist. Geht dem Ausweisungsentscheid bzw. dem Entscheid über die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage voraus, besteht für eine Verkürzung der Mieterrechte keine Gefahr ( BGE 119 II 141 E. 4a u. 4b).

#### **E. 4.3**

Die Rüge, der erstinstanzliche Richter habe das Beschleunigungsgebot verletzt, was sich auf die Kostenregelung hätte auswirken sollen, fällt weitgehend mit der unbegründeten Rüge zum Verhältnis beschleunigtes/summarisches Verfahren zusammen. Diesbezüglich ist auf die vorstehenden Erwägungen zu verweisen. Dass unter diesen Umständen eine Verfahrensdauer von sieben Monaten in einer für die Kostenregelung bedeutsamen Weise gegen Verfassungsrecht verstossen hätte, lässt sich nicht sagen.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer bringt vor, das Kantonsgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, denn es befasse sich weder mit den Erwägungen des Einzelrichters zur Missbräuchlichkeit der Kündigung noch mit seinen diesbezüglichen Vorbringen. Während der Einzelrichter die Kündigung als verspätet erachtet habe, gehe das Kantonsgericht in seiner summarischen Prüfung zwar auch davon aus, die Kündigung sei zu Unrecht erfolgt, begründe dies jedoch mit der Tilgung der Forderung des Beschwerdeführers durch die Verrechnungsforderung der Beschwerdegegnerin. Zudem habe das Kantonsgericht (wie zuvor der erstinstanzliche Richter) es unterlassen, sich mit dem Umfang bzw. mit dem Bestand der Gegenforderung (vorfrageweise) zu befassen.

#### **E. 5.2**

Der erstinstanzliche Richter ging in seiner Verfügung vom 13. November 2000 davon aus, es sei ihm verwehrt, über das Bestehen der zur Verrechnung gebrachten Gegenforderung auch nur vorfrageweise zu entscheiden. Einer derartigen Prüfung stehe die

Rechtshängigkeit der im Oktober 1999 eingeleiteten Aberkennungsklage entgegen. Folglich liess er die Frage offen, ob die Kündigung wirksam sei, hielt jedoch dafür, dies spiele keine Rolle, denn selbst wenn die Kündigung wirksam gewesen wäre, wäre sie wegen Missbräuchlichkeit ungültig gewesen. Die Kündigung vom 17. März 2000 sei erst 24 Tage nach Empfang der Verrechnungserklärung vom 21. Februar 2000 ausgesprochen worden, was gegen Treu und Glauben verstosse. Das Kantonsgericht kommt bei summarischer Prüfung zum Schluss, dass die Kündigung zu Unrecht erfolgt sei, da die Beschwerdegegnerin ihre Verrechnungserklärung fristgerecht erhoben habe, mit der Folge, dass ihre Rückforderungsansprüche offen geblieben bzw. die Mietzinsrückstände illiquid geworden seien. Die von der Beschwerdegegnerin am 5. Oktober 1999 erhobene Aberkennungsklage sei zumindest im Zeitpunkt des Ausweisungsbegehren vom 23. März 2000 noch rechtshängig gewesen. Dagegen sei die ausserordentliche Kündigung am 17. März 2000 erfolgt, also erst etwa drei Wochen nach der fristgerechten Verrechnungserklärung der Beschwerdegegnerin vom 21. Februar 2000. Es gehe indessen nicht an, die Verrechnungserklärung der Beschwerdegegnerin unbeantwortet zu lassen und stattdessen drei Wochen später die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses auszusprechen. Nach Art. 124 Abs. 2 OR habe eine zulässige und rechtzeitige Verrechnungserklärung zur Folge, dass Forderung und Gegenforderung schon in jenem Zeitpunkt getilgt worden seien, in dem sie zur Verrechnung einander gegenüberstanden. Die Kündigung sei deshalb rechtsmissbräuchlich.

### **E. 5.3**

Der Ausweisungsrichter hat auch bei nicht liquider Sachlage auf das Begehren einzutreten, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse umfassend zu prüfen, zivilrechtliche Vorfragen abzuklären sowie die zur Klärung der Sachlage erforderlichen Beweise abzunehmen ( BGE 119 II 141 E. 4b). Der Beschwerdeführer leitet aus dieser Rechtsprechung und aus der Doktrin (Lachat/stoll/Brunner, Das Mietrecht für die Praxis, 4. Aufl., 1999, S. 197, Rz. 3.10, Fn. 29; Hans Giger, Der zahlungsunwillige Mieter, Zürich 1987, S. 138) eine Pflicht des Ausweisungsrichters zur vorfrageweisen Abklärung von Bestand und Umfang der zur Verrechnung gebrachten Forderung ab. Ob sich eine solche Pflicht bei hängiger Aberkennungsklage ohne weiteres aus Rechtsprechung und Lehre ergibt, kann vorliegend offen bleiben; denn die Kündigung wurde unabhängig von dieser Frage als missbräuchlich erachtet. Wie der erstinstanzliche Richter ging auch das Kantonsgericht davon aus, dass der Vermieter nach der Verrechnungserklärung des Mieters mit der Kündigung zu lange zugewartet habe. Die auf bloss summarischer Prüfung beruhende Beurteilung der Rechtslage durch das Kantonsgericht im Rahmen eines Kostenentscheids lässt sich vertreten (vgl. Lachat/stoll/Brunner, a.a.O., S. 204 Rz. 5.8, mit Hinweisen in Fn. 65) und hält jedenfalls den vorgebrachten Rügen stand. Von einer zusätzlichen Anhörung des Beschwerdeführers im Hinblick auf eine substituierte Begründung durfte in einem Verfahren, das nur eine summarische Prüfung erforderte, abgesehen werden.

### **E. 6**

Das Kantonsgericht hält fest, eine summarische Prüfung ergebe, dass auch das Ausweisungsbegehren des Beschwerdeführers vom 23. März 2000 hätte abgewiesen werden müssen. Einerseits sei die Kündigung zu Unrecht erfolgt. Andererseits sei das Ausweisungsbegehren zu früh gestellt worden. Der Beschwerdeführer selbst habe das Mietverhältnis am 17. März 2000 erst per 30. April 2000 gekündigt, so dass die

Beschwerdegegnerin frühestens nach Ablauf der Kündigungsfrist hätte ausgewiesen werden können. Der Beschwerdeführer führt hierzu aus, es sei am 23. März 2000 völlig klar gewesen, dass die Beschwerdegegnerin in keiner Weise die Absicht gehabt habe, das Mietobjekt per Ende April zu verlassen. Dies habe sich aus ihrer Verrechnungserklärung vom 21. Februar 2000 sowie aus ihrem gesamtem Verhalten ergeben. Das Kantonsgericht ist in vertretbarer Weise davon ausgegangen, die Kündigung sei zu Unrecht erfolgt (E. 5.3 hievor). Seine Auffassung, wonach deshalb auch das Ausweisungsbegehren hätte abgewiesen werden müssen, ist, insbesondere im Rahmen einer summarischen Prüfung, durchaus haltbar. Damit wird die Frage entscheidunswesentlich, wann ein Ausweisungsbegehren frühestens gestellt werden kann.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten durfte das Kantonsgericht den Beschwerdeführer für den Kostenentscheid als unterliegende Partei betrachten. Das Kantonsgericht hält fest, die Beschwerdegegnerin habe zwar die Gegenstandslosigkeit mitveranlasst, weil sie neue Räumlichkeiten gefunden habe. Dem Beschwerdeführer sei aber infolge des Kündigungsschreibens der Beschwerdegegnerin vom 16. Juni 2000 bereits im Zeitpunkt seiner Berufungserklärung vom 29. November 2000 bekannt gewesen, dass die Beschwerdegegnerin die von ihm gemieteten Räumlichkeiten Ende Januar räumen werde. Einzig bei der Verlegung der kantonsgerichtlichen Kosten sei zu Lasten der Beschwerdegegnerin dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese mit ihrem Hauptantrag auf Nichteintreten auf die kantonale Berufung sowie mit ihrem Anschlussrekurs unterlegen sei. Mit seiner Gesamtwürdigung hat das Kantonsgericht das ihm bei der Kostenregelung zustehende Ermessen nicht überschritten. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen hält verfassungsrechtlicher Prüfung in jeder Hinsicht stand.

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