

# **BL\_GERICHTE 400 17 86 vom 27. Juni 2017**

BL Gerichte, 2017-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_17\\_86](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_17_86)

FR: BL\_GERICHTE 400 17 86 du 27 juin 2017

IT: BL\_GERICHTE 400 17 86 del 27 giugno 2017

## **Regeste**

Mietrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO unrichtige Rechtsanwendung oder/und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Streitwertgrenze ist im vorliegenden Fall erreicht. Der angefochtene Entscheid vom 31. Januar 2017 wurde der Klägerin bzw. deren Rechtsvertreterin schriftlich begründet am 10. Februar 2017 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist von 30 Tagen lief bis am Sonntag, den 12. März 2017, endete gestützt auf Art. 142 Abs. 3 ZPO am Montag, den 13. März 2017, und ist durch die Postaufgabe der Berufung vom 13. März 2017 eingehalten. Die Berufungsklägerin rügt die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts, womit zulässige Berufungsgründe geltend gemacht werden. Der einverlangte Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren wurde rechtzeitig geleistet. Da auch die übrigen formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten. Sachlich zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Berufung ist laut § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO (SGS 221) die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

### **E. 2**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b).

#### **E. 2.1**

Die Berufungsklägerin reichte als Novum mit ihrer Berufung die Scheidungsvereinbarung vom 23./28. Februar 2017 ein, in welcher sie und ihr Ehemann unter anderem vereinbarten, der Saldo auf dem Mieterkautionkonto stehe der Ehefrau ungeteilt alleine zu und sie könne alleine über dieses Konto verfügen, soweit der Saldo freigegeben sei. Es handelt sich bei der Scheidungsvereinbarung um ein echtes Novum, welches erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid entstand und sogleich mit der Berufungsschrift eingereicht wurde. Die Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind somit erfüllt und dieses Novum daher

im vorliegenden Berufungsverfahren zuzulassen. Allerdings ist diese Scheidungsvereinbarung im vorliegenden Verfahren irrelevant, da sie zum einen nur Wirkung zwischen den Ehegatten und keine direkte externe Wirkung hat und die Scheidungsvereinbarung zum anderen im Zeitpunkt der Kündigung noch gar nicht existierte.

### **E. 2.2**

Die Berufungsklägerin bringt unter Ziffer 16 ihrer Berufungsbegründung vor, sie habe die Gegenpartei anlässlich verschiedener Telefonate darauf hingewiesen, dass die Scheidung noch in Gange sei und die Mietzinssicherheit auf ihren Namen überschrieben werden könne, sobald die unterzeichnete Vereinbarung vorliege. Es handelt sich dabei um eine neue Behauptung, welche im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht wurde, obwohl diese möglich gewesen wäre. Folglich ist diese neue Behauptung verspätet und in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu hören.

### **E. 3**

Die Mieterin macht zunächst eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz geltend.

#### **E. 3.1**

Die Mieterin führt aus, das Gericht habe den Sachverhalt bei Angelegenheiten des Kündigungsschutzes oder der Erstreckung von Miet- und Pachtverhältnissen von Amtes wegen abzuklären. Die Kündigung sei wegen der angeblichen Nichtleistung der im Mietvertrag vom 10./17. November 2015 unter Ziffer 7 vereinbarten Mietzinskaution in Höhe von CHF 2'740.00 erfolgt. Die Mieterin habe bereits vor der Kündigung geltend gemacht, die Mietzinssicherheit sei schon bei Anbeginn des Mietverhältnisses gemäss Mietvertrag vom 11. Februar 2000 geleistet worden und solle auch als Sicherheit für das Mietverhältnis gemäss Mietvertrag vom 10./17. November 2015 gelten. Anlässlich der Verhandlung habe sie ausgeführt, dass ihr die Mietzinssicherheit aus güterrechtlichen Ansprüchen zugesprochen werden sollte, das Scheidungsverfahren aber noch nicht abgeschlossen sei. Die Vorinstanz habe, in Verletzung ihrer Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen, weder die Akten des Scheidungsverfahrens verlangt, noch den Ehemann der Mieterin in Bezug auf das güterrechtliche Schicksal der Mietzinskaution befragt und damit den Sachverhalt unvollständig und unrichtig festgestellt. Die Vorinstanz sei auch zu Unrecht der Frage, ob die ursprüngliche Sicherheitsleistung auch ohne Einwilligung des Ehemannes auf das neue Mietverhältnis hätte übertragen werden können, nicht nachgegangen. Inzwischen sei aufgrund der Scheidungsvereinbarung vom 23./28. Februar 2017 klar, dass das Einverständnis des Ehemannes vorgelegen habe.

#### **E. 3.2**

Der Vermieter entgegnet, die Mieterin könne nicht angeben, inwieweit allfällige eheliche Probleme sie davon dispensieren könnten, ihren Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nachzukommen. Ebenso wenig, dass die nunmehr vorgelegte Scheidungsvereinbarung zwischen ihr und ihrem Ehemann zur Erfüllung einer mietvertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Vermieter führen könne und diese Erfüllungshandlung erst noch rückwirkend auf das Frühjahr 2016 Wirkung entfalten solle. Aus dem gemeinsamen Kautionskonto hätten ausschliesslich Forderungen, welche sich auf den Mietvertrag vom 11. Februar 2000 stützten, "honoriert" werden dürfen. Überdies sei eine "Überschreibung" der Kaution aus bankenrechtlichen Gründen gar nicht möglich und es hätte auf jeden Fall

ein neues und alleine auf die Mieterin lautendes Konto eröffnet werden müssen. Die Mieterin sei ihrer Pflicht bis im April 2016 und bis dato nicht nachgekommen. Angesichts der Irrelevanz des laufenden Scheidungsverfahrens sowie allfälliger güterrechtlicher Ansprüche habe das Gericht zutreffend keine diesbezüglichen Beweiserhebungen vorgenommen. Die Mieterin habe überdies keine entsprechenden Beweisanträge im vorinstanzlichen Verfahren gestellt.

### **E. 3.3**

In der vorliegenden mietrechtlichen Streitigkeit betreffend Kündigungsschutz stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Es gilt für das vorliegende Verfahren die sogenannte einfache und nicht die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime. Diese entbindet eine Partei jedoch nicht von ihrer Mitwirkungspflicht, insbesondere wenn sie anwaltlich vertreten ist. Das Bundesgericht hat im Entscheid 141 III 569, E. 2.3.1 (in Pra 2016/12, Nr. 99) die verstärkte richterliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien eingeschränkt. Es hält in der erwähnten Erwägung fest, die Parteien hätten den Prozessstoff selbst zu beschaffen und das Gericht komme ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittle aber nicht aus eigenem Antrieb. Wenn die Parteien anwaltlich vertreten seien, müsse sich das Gericht wie in einem ordentlichen Verfahren zurückhalten. Da die Mieterin bereits im vorinstanzlichen Verfahren anwaltlich vertreten war, durfte das Gericht davon ausgehen, dass sie die massgebenden Sachverhaltselemente selbständig in den Prozess einbringt und die erforderlichen Beweisanträge stellt. Die Berufungsklägerin beantragte bei der Vorinstanz weder den Beizug der Scheidungsakten noch eine Befragung ihres Ehemannes, so dass der Vorinstanz kein Vorwurf zu machen ist, wenn sie diese Beweise nicht von sich aus erhob. Dies gilt umso mehr, als diese Beweismittel nicht klären können, ob die Mietkaution im Kündigungszeitpunkt geleistet war oder nicht.

### **E. 3.4**

Im Übrigen erwog die Vorinstanz, die Mieterin habe erst anlässlich der Hauptverhandlung grundsätzlich anerkannt, dass sie die Sicherheitsleistung von CHF 2'740.00 gemäss Ziffer 7 des Mietvertrags vom 10./17. November 2015 schulde und habe behauptet, diese Sicherheit leisten zu wollen, auch wenn sie finanziell dazu nicht in der Lage sei. Die Mieterin rügt diese vorinstanzliche Ausführung zu Recht. Denn wie aus den vor der Kündigung erfolgten Schreiben seitens der Mieterin bzw. von deren Rechtsvertreterin an den Vermieter vom 19. Februar 2016, 17. März 2016 und 29. März 2016 hervorgeht, hat die Mieterin nie die Pflicht zur Leistung der Sicherheit bestritten, sondern sich von Beginn an auf den Standpunkt gestellt, die Sicherheit sei bereits geleistet. 4.1 Die Mieterin macht mit Berufung sodann die unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die ursprüngliche Weigerung der Klägerin zur Leistung der vertraglich geschuldeten Sicherheitsleistung habe den Vermieter zur ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses analog Art. 257f Abs. 3 OR oder Art. 266g OR berechtigt. Damit erweise sich der Einwand der Mieterin, es bestehe eine Kündigungssperrfrist von drei Jahren, gestützt auf Art. 271a Abs. 3 lit. c resp. e OR als haltlos. Das gelte ungeachtet dessen, ob der Vermieter die ausserordentliche Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende eines Monats oder die ordentliche von drei Monaten wähle. Es könne daher auch offen bleiben, ob die vorgebrachten Einigungen in vorgängigen Schlichtungsverfahren, sofern sich diese überhaupt auf das vorliegend streitbezogene Mietverhältnis der Parteien beziehen,

Sperrfristen im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR oder Art. 271a Abs. 2 OR ausgelöst hätten. Die Kündigung sei daher rechtmässig.

4.2 Die Mieterin bestreitet die Anwendbarkeit von Art. 266g Abs. 1 OR. Sie führt aus, entsprechend dieser Bestimmung könnten die Parteien aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung unzumutbar machen, das Mietverhältnis kündigen. Die Vorinstanz prüfe in ihrem Entscheid das Vorliegen eines wichtigen Grundes und die damit zusammenhängende Unzumutbarkeit des Mietverhältnisses in keiner Weise, sondern halte lediglich lapidar fest, der Vermieter sei zu einer Kündigung nach Art. 266g OR berechtigt gewesen. Der hier vorliegende Grund weise jedoch keine Schwere auf, welche eine Kündigung nach Art. 266g OR rechtfertige und die Vorinstanz habe überdies auch die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses, welche der Vermieter im Übrigen gar nicht geltend gemacht habe, nicht geprüft. Ein Vermieter, welcher keine Sicherheit nach Art. 257e OR verlange, gehe zudem seinen allfälligen Ansprüchen nach Rückgabe des Mietobjekts nicht verlustig und könne seine Forderungen beim Mieter geltend machen. Daher könne die angebliche Nichtbezahlung einer Sicherheitsleistung nicht zu einer Unzumutbarkeit der Weiterführung des Mietverhältnisses führen und eine Kündigung nach Art. 266g OR sei daher nicht offen gestanden. Auch eine Kündigung analog Art. 257f Abs. 3 OR sei bei Nichtbezahlung der Mietzinssicherheit nicht möglich und im vorliegenden Fall fehle es überdies an der erforderlichen Mahnung und an der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Die Vorinstanz habe diese Erfordernisse wiederum nicht geprüft und damit das Recht falsch angewendet. Der Vermieter habe sich zudem nie zu einer Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR bekannt, sondern die Mieterin mit einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR einzuschüchtern versucht. Aufgrund der Umstände sei die Weiterführung des Mietverhältnisses dem Vermieter nicht unzumutbar gewesen, weshalb ihm eine ausserordentliche Kündigung nicht offen gestanden sei.

4.3 Der Vermieter stellt sich dagegen auf den Standpunkt, er sei zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 266g OR berechtigt gewesen, weil die Mieterin durch die Nichtleistung der Sicherheit den Mietvertrag fortgesetzt verletzt habe. Es handle sich dabei um keine unbeachtliche und als schutzlos hinzunehmende Bagatelle, da dem Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis keine Sicherheit mehr zur Verfügung stehe. Bei fehlender Bonität der Mieterin sei ohne Sicherheitsleistung ein Ausfall zu gewärtigen und allein der Bestand einer Forderung gegen die Mieterin nütze in einem solchen Fall nichts. Der Vermieter stellt sich auf den Standpunkt, dass er auch zur Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR berechtigt gewesen sei und die Mieterin mehrfach gemahnt worden sei. Da der Vermieter zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt gewesen sei, könnten der Kündigung zum Vornherein keine Kündigungssperrfristen entgegengehalten werden.

4.4 Bleibt die Sicherheitsleistung – welche eine vertragliche Nebenpflicht darstellt – aus, kann der Vermieter eine Betreuung auf Zahlung oder auf Sicherheitsleistung einleiten oder einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag ordentlich kündigen. Ob und gestützt auf welcher Rechtsgrundlage auch eine ausserordentliche Kündigung zulässig ist, wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. Ein Teil der Lehre befürwortet die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund und ein anderer Teil bejaht die Möglichkeit einer vorzeitigen Kündigung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR (SVIT-Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257e N 21). Einig ist sich die herrschende Lehre nur darüber, dass eine Kündigung wegen Zahlungsrückstand gestützt auf Art. 257d OR nicht zulässig ist. Dies ergibt sich bereits aufgrund des Wortlautes von Art. 257d OR, welcher sich lediglich auf Rückstände von fälligen Mietzinsen oder Nebenkosten bezieht, und nicht auch auf

ausgebliebene Sicherheitsleistungen. Die Frage, wie bei Nichtleistung der Mietkaution vorzugehen ist, ist in den mietrechtlichen Gesetzesbestimmungen nicht geregelt. Es gelangen die üblichen Verzugsfolgen nach den Bestimmungen des Art. 102 ff. OR zur Anwendung, wobei im Dauerschuldverhältnis, wie der Miete, an die Stelle des Rechts zum Vertragsrücktritt dasjenige zur Vertragskündigung tritt (BGE 123 III 124 E. 3b). Die Vorinstanz führte aus, die Weigerung der Mieterin zur Leistung der vertraglich vereinbarten Sicherheit ermächtigte den Vermieter zur ausserordentlichen Kündigung analog Art. 257f Abs. 3 OR oder Art. 266g OR. Allerdings setzt sie sich mit diesen rechtlichen Bestimmungen nicht auseinander und subsumiert den vorliegenden Sachverhalt nicht unter diese Rechtsnormen, was von der Berufungsklägerin moniert wird. Die erfolgte Kündigung ist daher nachfolgend auf die Anwendbarkeit von Art. 266g OR und Art. 257f Abs. 3 OR zu prüfen.

4.5 Gemäss Art. 266g Abs. 1 OR können die Parteien das Mietverhältnis aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen. Voraussetzung ist ein wichtiger Grund, welcher so gravierend sein muss, dass die Vertragserfüllung dem Kündigenden bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin unzumutbar ist. Ein solcher wichtiger Grund ist nicht leichthin anzunehmen. Es gilt gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit die Kündigungsmotive, den Grundsatz der Verbindlichkeit von Verträgen, die Rechtssicherheit und die Interessen der Gegenpartei abzuwägen. Als wichtige Gründe kommen im Moment des Vertragsschlusses unbekannt, nicht voraussehbare und ausserordentlich schwerwiegende Umstände in Betracht, welche nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind. Die Umstände müssen sich objektiv gesehen schwerwiegend auswirken (vgl. BGE 122 III 262, E. 2a/aa; Bger 4C.375/2000 vom 21.08.2001, E. 3; SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 266g N 10; Roger Weber, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 266g N 5; Peter; Higi, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 266 bis 268b, Zürich 1995, Art. 266g N 31; Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 735 f.). Ist das Mietobjekt schon übergeben und bleibt die Sicherheitsleistung pflichtwidrig aus, bejaht Higi die ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g OR für befristete Mietverhältnisse und verweist für unbefristete Mietverhältnisse auf die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung (Peter Higi, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Art. 253 bis 265, Zürich 1994, Art. 257e N 13). Insofern ist fraglich, ob im vorliegenden Mietverhältnis, welches unbefristet abgeschlossen wurde, überhaupt eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen nach Art. 266g OR möglich ist. Selbst wenn eine Kündigung nach Art. 266g OR bei Ausbleiben der Sicherheitsleistung auch für unbefristete Mietverträge grundsätzlich bejaht wird, müssen die Voraussetzungen einer Kündigung nach Art. 266g OR vorliegen, nämlich ein wichtiger Grund, welcher dem Vermieter die Vertragserfüllung unmöglich macht. Im vorliegenden Fall hat die Mieterin nie bestritten, die Sicherheitsleistung erbringen zu müssen, sondern sich von Anfang an auf den Standpunkt gestellt, das bereits bestehende Mietzinsdepot aus dem Mietvertrag vom 11. Februar 2000, welcher auf sie und ihren Ehemann lautete, sei für den Mietvertrag vom 10./17. November 2015 zu übernehmen. Angesichts der Tatsache, dass bereits ein Mietzinsdepot aus dem Mietvertrag vom 11. Februar 2000 bestand, es sich um ein langjähriges Mietverhältnis handelt und der Vermieter nicht vorbrachte, mieterseitig seien in der Vergangenheit Zahlungspflichten verletzt worden, war dem Vermieter zumutbar, entweder abzuwarten, wie mit dem bestehenden Mietzinsdepot verfahren wird oder aber das Mietverhältnis ordentlich zu kündigen. Die vorliegende Sachlage stellt keinen ausserordentlich schwerwiegenden Umstand dar,

welcher eine Kündigung nach Art. 266g OR rechtfertigen würde. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Sicherheitsleistung nicht um eine Hauptpflicht aus dem Mietverhältnis handelt, sondern um eine Nebenpflicht. Es gilt an dieser Stelle zu ergänzen, dass sich der Vermieter nicht primär auf den Standpunkt stellte, er habe das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt. Vielmehr liess er an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ausführen, wegen der Nichtleistung der Mietkaution sei ordentlich gekündigt worden, allenfalls wäre sogar die Kündigung nach Art. 257d OR oder 266g OR zulässig gewesen (siehe Protokoll der vorinstanzlichen Verhandlung vom 31. Januar 2017, S. 2). Auch ergibt sich weder aus dem Kündigungsformular, noch aus dem Begleitschreiben zur Kündigung vom 19. April 2016, dass der Vermieter eine ausserordentliche Kündigung aussprach. 4.6 Es stellt sich sodann die Frage, ob eine Kündigung analog Art. 257f Abs. 3 OR möglich war. In der Lehre wird zum Teil die Meinung vertreten, bei Ausbleiben der Sicherheitsleistung habe der Vermieter nach einer erfolglosen Mahnung die Möglichkeit, in analoger Anwendung von Art. 257f Abs. 3 OR ausserordentlich zu kündigen (vgl. BK-Giger, OR Art. 257e N 32; Lachat et al., a.a.O., N 15.2.6, S. 372). Die Bestimmung von Art. 257f Abs. 3 OR erlaubt dem Vermieter von Wohn- und Geschäftsräumen die ausserordentliche Kündigung mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung des Vermieters seine Pflicht zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiter verletzt, so dass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Diese Bestimmung steht unter der Marginalie "Sorgfalt und Rücksichtnahme" und befasst sich mit den Pflichten des Mieters beim Gebrauch der Mietsache und mit der Rücksichtnahme gegenüber Mitbewohnern und Nachbarn. Art. 257f Abs. 3 OR sanktioniert dementsprechend nur Verletzungen von mieterseitigen Gebrauchspflichten, nicht jedoch von Vertragspflichten schlechthin (BGE 123 III 124 E. 2a). Bei der Sicherheitsleistung handelt es sich nicht um eine Pflicht im Zusammenhang mit dem Gebrauch und der Nutzung der Sache, so dass Art. 257f Abs. 3 OR bei Nichtleistung der Sicherheitsleistung nicht anwendbar ist. Folglich ist die streitige Kündigung auch nicht mit dieser Bestimmung begründbar. 4.7 Das Kantongericht gelangt somit entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen zum Schluss, dass dem Vermieter weder eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 266g OR noch eine solche nach Art. 257f Abs. 3 OR zur Verfügung stand. Folglich lässt sich ein Ausschluss der Sperrfristen gestützt auf Art. 271a Abs. 3 lit. c oder e OR nicht begründen. Vielmehr gilt es zu prüfen, ob der Kündigung vom 19. April 2016 Sperrfristen im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. e und Abs. 2 OR entgegenstanden und die Mieterin daher die Kündigung vom 19. April 2016 gestützt auf diese Bestimmungen anfechten kann. Diese Frage war bereits im vorinstanzlichen Verfahren zwischen den Parteien umstritten und wesentlicher Bestandteil der Vorträge der Rechtsvertreter an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung. Da die Vorinstanz jedoch von der Zulässigkeit einer ausserordentlichen Kündigung analog Art. 257f Abs. 3 OR oder Art. 266g OR ausging, erachtete sie die Berufung der Mieterin auf die Sperrfristen als haltlos und prüfte nicht, ob der Kündigung Sperrfristen entgegenstehen. Es handelt sich bei dieser Frage um einen wesentlichen Teil der vorliegenden Streitigkeit bzw. der Klage und um eine entscheidende Rechtsfrage. Gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid bestätigen, neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Die Rechtsmittelinstanz ist bezüglich der Frage, ob sie selber entscheidet oder die Sache an die Erstinstanz zurückweist, nicht an einen etwaigen Antrag der Berufungsklägerin gebunden.

Vielmehr ist die Rechtsmittelinstanz unter den Voraussetzungen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO frei, die ihr angemessene Entscheidung zu treffen. Es bedarf dazu keines Parteiantrags auf Rückweisung. Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches oder kassatorisches Rechtsmittel und die Rückweisung an die erste Instanz soll aus prozessökonomischen Gründen und in Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsverbots die Ausnahme bleiben ( Benedikt Seiler , Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1517 ff.; Peter Reetz/Sarah Hilber , in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 318 N 29). Da die Vorinstanz nicht prüfte, ob der Kündigung vom 19. April 2016 Sperrfristen entgegenstanden, hat sie diesen wesentlichen Punkt nicht beurteilt. Diese Frage wird nicht im hier vorliegenden Berufungsverfahren erstmals entschieden, da das Prinzip der double Instance für diesen wesentlichen Streitpunkt nicht unterlaufen werden soll. Der Instanzenzug ist für den vorliegenden Fall höher zu werten als die Verfahrensökonomie. Die Sache ist daher in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO an die Vorinstanz zurück zu weisen, damit sie über die Frage einer allfälligen Sperrfristwirkung entscheidet.

#### **E. 5**

Im vorinstanzlichen Verfahren beantragte die Mieterin eventualiter eine erstmalige angemessene Erstreckung des Mietverhältnisses. Dieses Eventualbegehren wies die Vorinstanz mit Entscheid vom 31. Januar 2017 ab. Die Berufung der Mieterin bezieht sich nicht auf den abgewiesenen Erstreckungsantrag, weder in den Rechtsbegehren, mit welchem lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Aufhebung der Kündigung vom 19. April 2016 wegen Missbräuchlichkeit/Unwirksamkeit beantragt wird noch in der Berufungsbegründung. Folglich ist auf die Erstreckung des Mietverhältnisses nicht einzugehen.

#### **E. 6**

In einer Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlassen, beispielsweise wenn die Beweisführung zu ergänzen ist oder noch nicht absehbar ist, welche Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen wird. In solchen Fällen kann die Berufungsinstanz die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens festsetzen und die konkrete Verteilung dieser Kosten der Vorinstanz überlassen ( Botschaft ZPO , S. 7296). Die Berufungsinstanz hat diesfalls also die Vorinstanz anzuweisen, in ihrem Entscheid auch über die Verteilung der Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, ist hiervor zum Schluss gelangt, dass die Berufung teilweise gutzuheissen und der Entscheid des Zivilkreisgerichtspräsidenten Basel-Landschaft West vom 31. Januar 2017 aufzuheben ist. Die Sache ist sodann zur Neuurteilung an das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West zurückzuweisen. Der Ausgang des Verfahrens bzw. ob die Klägerin letztlich in der Hauptsache durchdringen wird, ist mithin im jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar. Es verbietet sich folglich für das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, heute über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden. Immerhin hat sich das Gericht über die Höhe der Gerichtskosten auszusprechen. In Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. f der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31; Gebührentarif) wird die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf pauschal CHF 3'000.00 festgelegt. Die Höhe der Parteientschädigung bzw. die Kosten der berufsmässigen Vertretung sind nach dem Streitwert zu bestimmen. Der Streitwert wurde gemäss Erwägung Ziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheids vom

Rechtsvertreter des Vermieters in der vorinstanzlichen Honorarnote mit CHF 46'761.00 angegeben und von der Mieterin in der Berufung mit CHF 43'164.00. Die Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS 178.112) sieht in § 7 Abs. 1 bei Streitwerten von CHF 20'000.00 bis 50'000.00 ein Grundhonorar von CHF 3'300.00 – 6'450.00 vor. Die Vorinstanz hat entsprechend der Honorarnote des Rechtsvertreters des Vermieters auf ein Grundhonorar von CHF 5'000.00 abgestellt, was im Berufungsverfahren von keiner Partei moniert wurde. Für das Berufungsverfahren wird in Anwendung von § 10 TO ebenfalls auf dieses Grundhonorar abgestellt, zumal dieses angesichts des Umfangs der Rechtsschriften auch angemessen ist. Folglich beträgt die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren pauschal CHF 5'000.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

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