

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.15 vom 5. Juli 2022

BS Appellationsgericht, 2022-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2022.15

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.15 du 5 juillet 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.15 del 5 luglio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten unterliegen der Berufung, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichts betreffend Ausweisung aus Mieträumen und somit ein erstinstanzlicher Endentscheid in vermögensrechtlichen Angelegenheiten.

In Ausweisungsverfahren, bei denen die Beendigung des Mietverhältnisses ebenfalls Streitgegenstand ist und deren Unzulässigkeit eine Kündigungssperrfrist von drei Jahren (Art. 271a Abs. 1 lit. e des Obligationenrechts [OR, SR 220]) auslösen würde, entspricht der Streitwert dem Mietwert für drei Jahre (BGE 144 III 346 E. 1.2.2 S. 347■349; AGE ZB.2020.36 vom 10. November 2020 E. 1.1). Dies gilt für das Rechtsmittelverfahren selbst dann, wenn mögliche Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe erstinstanzlich nicht geltend gemacht worden sind, zumal das Gericht Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe von Amtes wegen überprüfen kann, auch wenn der Mieter dies nicht oder nur ansatzweise moniert (AGE ZB.2018.4 vom 15. Februar 2018 E. 1.1 mit Hinweisen). Der Bruttomietzins beläuft sich im vorliegenden Fall auf CHF 1■200.■ pro Monat. Damit beträgt der Streitwert des Berufungsverfahrens betreffend die Ausweisung CHF 43■200.■ (36 Monate à CHF 1■200.■ = CHF 43'200.■; vgl. zur Streitwertberechnung statt vieler AGE ZB.2020.1 E. 1.1 mit Nachweisen), womit der für die Berufung notwendige Streitwert entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten erreicht ist.

1.2 Mit Entscheid vom 6. Mai 2022 wies das Zivilgericht den Mieter an, die beim Vermieter gemieteten Räumlichkeiten bis spätestens 20. Mai 2022 zu räumen. Das Zivilgericht eröffnete diesen Entscheid ohne schriftliche Begründung durch Zustellung des Dispositivs an den Vermieter am 9. Mai 2022 und an den Mieter am 10. Mai 2022. Da der Mieter rechtzeitig die schriftliche Begründung des Entscheids beantragte, lieferte das Zivilgericht eine schriftliche Begründung nach. Diese wurde am 18. Mai 2022 versendet. Mit einer gleichentags der Schweizerischen Post übergebenen Eingabe vom 18. Mai 2022 beantragt der Mieter die unentgeltliche Rechtspflege für die Rechtsmittelinstanz. Für den Fall der Gutheissung dieses Gesuchs legt er Berufung gegen den Entscheid vom 6. Mai 2022 ein. Damit beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die widerklageweise Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Mietvertrags. Nachdem die schriftliche Begründung dem Mieter zugestellt worden ist, beantragt der Mieter mit Eingabe vom 20. Mai 2022 erneut die unentgeltliche Rechtspflege für die Rechtsmittelinstanz. Für den Fall der Gutheissung dieses Gesuchs legt er Berufung gegen den Entscheid vom 6. Mai 2022 ein. Damit beantragt er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die widerklageweise Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Mietvertrags.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2022 wies der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren betreffend die Berufung vom 18. Mai 2022 ab. Damit ist die Bedingung, unter welcher der Mieter diese Berufung erhoben hat, nicht eingetreten. Daher schrieb der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident das Berufungsverfahren betreffend die Berufung vom 18. Mai 2022 zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab.

Er wies den Mieter des Weiteren darauf hin, dass die Berufungsschrift vom 18. Mai 2022 bei der Beurteilung der Berufung vom 20. Mai 2022 bei provisorischer und summarischer Beurteilung voraussichtlich nicht berücksichtigt werden könne und dass er die Möglichkeit habe, seine Berufung vom 20. Mai 2022 innert der Berufungsfrist mit entsprechenden Ausführungen zu ergänzen (vgl. zu dieser Möglichkeit Reetz, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N 39; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 311 N 12 und Art. 312 N 22). Von dieser Möglichkeit machte der Mieter Gebrauch, indem er eine ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 einreichte.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2022 wies der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident den Mieter darauf hin, dass auf eine unter der Bedingung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erhobene Berufung bei provisorischer und summarischer Beurteilung nicht einzutreten sei und er einen mit der Bedingungsfeindlichkeit der Berufung begründeten Nichteintretensentscheid vermeiden könne, indem er innert der Berufungsfrist erklärt, dass er bedingungslos an seiner Berufung festhalte. Mit seiner ergänzenden Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 erklärte der Mieter seine Berufung vom 20. Mai 2022 für bedingungslos. Damit kann die Frage, ob die Erhebung einer Berufung unter der Bedingung der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zulässig ist oder nicht, im vorliegenden Fall offenbleiben.

Die Berufungsschrift vom 20. Mai 2022 und die ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 (Postaufgabe 29. Mai 2022) sind nach der Zustellung des begründeten Entscheids rechtzeitig eingereicht worden (vgl. Art. 314 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 257 ZPO). Auf die Berufung vom 20. Mai 2022 ist deshalb einzutreten. Für deren Beurteilung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.3 Zu prüfen ist des Weiteren, ob auch auf die Widerklage einzutreten ist. Eine Widerklage ist spätestens mit der Klageantwort zu erheben (statt vieler Richers/Naegeli, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021, Art. 224 N 14; vgl. BGE 146 III 413 E. 4.2 S. 414). Die Erhebung einer Widerklage im Berufungsverfahren ist nach soweit ersichtlich einhelliger Rechtsprechung und Lehre ausgeschlossen (OGer ZH LB 110047 vom 13. Januar 2012 E. 2.2.a, in: ZR 2012 Nr. 3 S. 6, 7; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 224 N 21; Richers/Naegeli, a.a.O., Art. 224 N 14; Sutter-Somm/Seiler, Handkommentar zur ZPO, Zürich 2021, Art. 224 N 4 mit Nachweisen; Tappy, in: Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2019, Art. 224 CPC N 8; Willisegger, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 224 ZPO N 33). Somit hätte der Mieter seine Widerklage spätestens innert der vom Zivilgericht mit Verfügung vom 6. April 2022 angesetzten Frist von zehn Tagen für eine Stellungnahme zum Gesuch des Vermieters erheben müssen. Der Mieter macht zwar geltend, er habe die mit der Verfügung des Zivilgerichts vom 6. April 2022 angesetzte Frist krankheitsbedingt nicht einhalten können

und an der Säumnis treffe ihn kein oder jedenfalls nur ein leichtes Verschulden. Er stellte aber weder beim Zivilgericht noch beim Appellationsgericht ein Gesuch um Wiederherstellung dieser Frist. Zudem wäre für ein entsprechendes Gesuch nicht das Appellationsgericht, sondern das Zivilgericht zuständig (vgl. Frei, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 149 ZPO N 6 f.; Hoffmann-Nowotny/Brunner, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Auflage, Basel 2021, Art. 149 N 3; Marbacher, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 149 N 2 f.; Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 149 N 4). Entgegen der unzutreffenden Ansicht des Mieters (Berufungsschrift S. 2; ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 S. 3; Eingabe vom 21. Juni 2022 S. 1) standen die Umstände, dass der angefochtene Entscheid vom 6. Mai 2022 im Zeitpunkt der Mandatierung des Rechtsvertreters des Mieters am 13. Mai 2022 bereits gefällt und durch Zustellung des Dispositivs eröffnet war und das Verfahren vor dem Zivilgericht mit dem Entscheid vom 6. Mai 2022 abgeschlossen war, weder einem Wiederherstellungsgesuch noch einer Wiederherstellung der Frist für die schriftliche Stellungnahme entgegen (vgl. statt vieler Merz, a.a.O., Art. 148 N 34 f.). Dies hätte der anwaltliche Vertreter mit einem einfachen Blick ins Gesetz feststellen können (vgl. Art. 148 Abs. 3 ZPO). Aus den vorstehenden Gründen ist die erst in der Berufung erhobene Widerklage offensichtlich unzulässig. Folglich ist auf die Widerklage nicht einzutreten.

Die Ausführungen des Mieters zur Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage in der Berufung (Eingabe vom 21. Juni 2022) ändern nichts daran, dass die Widerklage offensichtlich unzulässig und aussichtslos ist. Die Berufung des Mieters auf Art. 219 ZPO ist von vornherein unbehelflich, Diese Bestimmung regelt die sinngemässe subsidiäre Geltung der Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens für die anderen Verfahrensarten vor der ersten Instanz und bezieht sich nicht auf die Rechtsmittelverfahren (vgl. Pahud, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 219 N 6 f. und 22; Killias, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 219 ZPO N 22 und 45; a. M. Leuenberger, a.a.O., Art. 219 N 3; Tappy, a.a.O., Art. 219 CPC N 9). Es ist zwar richtig, dass die Bestimmungen über das Verfahren vor der ersten Instanz bei Fehlen einer ausdrücklichen oder sinngemässen abweichenden Regelung analog auch für das Berufungsverfahren gelten (Hoffmann-Nowotny, in: Kunz et al. [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Art. 316 N 3; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 6 und 11; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1061). Aus den nachstehenden Gründen ist eine analoge Anwendung von Art. 224 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren trotzdem ausgeschlossen. Aus Art. 75 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) sowie der Regelung der Rechtsmittel gemäss Art. 308 ff. ZPO ergibt sich das Prinzip des doppelten Instanzenzugs und damit des grundsätzlichen Erfordernisses von zwei kantonalen Instanzen (vgl. Staehelin/Bachofner, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2019, § 6 N 7 und § 26 N 3; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017, N 82 und 1438). Bereits dieses steht der Zulassung einer Widerklage im Berufungsverfahren in analoger Anwendung von Art. 224 Abs. 1 ZPO entgegen. Mit der Widerklage im erstinstanzlichen Verfahren ist im Berufungsverfahren die Anschlussberufung vergleichbar (vgl. Tappy, a.a.O., Art. 224 CPC N 8). Diese ist jedoch in Art. 313 und Art. 314 Abs. 2 ZPO ausdrücklich geregelt. Gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Die Berufung im Berufungsverfahren

entspricht offensichtlich nicht der Klageantwort im erstinstanzlichen Verfahren. Daher kann Art. 224 Abs. 1 ZPO auf die Berufung auch keine analoge Anwendung finden. Die Ansicht des Mieters, die Berufung eines Beklagten, der die Frist für die Klageantwort vor der ersten Instanz versäumt hat, sei als Klageantwort im Sinn von Art. 224 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren, weil er sich damit erstmals zur Klage äussere, ist haltlos. Dies gilt auch für den Fall, dass den Beklagten aufgrund einer psychischen Krankheit an der Säumnis kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Die Säumnis hat gemäss Art. 147 Abs. 2 ZPO unter Vorbehalt einer Wiederherstellung gemäss Art. 148 ZPO vielmehr zur Folge, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung und damit ohne Klageantwort weitergeführt wird.

Im Übrigen wäre auf die Widerklage des Mieters aus den nachstehenden Gründen selbst dann nicht einzutreten, wenn die Möglichkeit einer Widerklage im Berufungsverfahren grundsätzlich bejaht würde. Gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO ist eine Klageänderung im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Diese müssen nach Massgabe von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sein (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 86; Seiler, a.a.O., N 1403 f.). In analoger Anwendung von Art. 317 Abs. 2 ZPO könnte eine erstmals im Berufungsverfahren erhobene Widerklage höchstens zulässig sein, wenn sie auf gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässigen neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Dies gesteht selbst der Mieter sinngemäss zu (vgl. Eingabe vom 21. Juni 2022 S. 1). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, sind die vom Mieter vorgebrachten Noven aber unzulässig (vgl. unten E. 2, insb. 2.3).

Am 31. Mai 2022 verfügte der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident, dass keine Stellungnahme zur Widerklage des Mieters eingeholt wird. Da die Widerklage offensichtlich unzulässig ist, besteht entgegen der Ansicht des Mieters (vgl. Eingabe vom 21. Juni 2022) kein Anlass, Ziff. 2 der Verfügung vom 31. Mai 2022 in Wiedererwägung zu ziehen.

E. 2

2.1 Mit Verfügung vom 6. April 2022 setzte das Zivilgericht dem Mieter eine nicht erstreckbare Frist von zehn Tagen, um zum Ausweisungsgesuch schriftlich Stellung zu nehmen oder dem Gericht mitzuteilen, ob er eine mündliche Verhandlung verlangt. Diese Verfügung wurde dem Mieter am 22. April 2022 zugestellt. Bis zum Entscheid des Zivilgerichts vom 6. Mai 2022 blieb eine Eingabe des Mieters aus (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. II). Mit dem Entscheid vom 6. Mai 2022 wurde das erstinstanzliche Verfahren (bis auf die Frage, ob eine schriftliche Begründung auszufertigen ist), abgeschlossen. Die Eingaben vom 11. Mai 2022, 14. Mai 2022 (Postaufgabe 15. Mai 2022) und 17. Mai 2022 (Abgabe am Schalter des Zivilgerichts 18. Mai 2022), die der Mieter erst nach der Zustellung des Dispositivs des angefochtenen Entscheids beim Zivilgericht eingereicht hat, sind unbeachtlich. Soweit sie nicht den vom Mieter im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln entsprechen, handelt es sich somit bei sämtlichen Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, die der Mieter mit seiner Berufungsschrift vom 20. Mai 2022 und seiner ergänzenden Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 vorbringt, um Noven im Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Die zur Begründung der Berufung behaupteten Tatsachen waren bei Wahrunterstellung der Behauptungen bereits im Zeitpunkt des Ablaufs der Frist für die Stellungnahme am 22. April 2022 vorhanden. Damit handelt es sich um unechte Noven.

2.2 Unechte Noven sind gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen, wenn sie bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätten vorgebracht werden können (AGE ZB.2017.18 vom 17. November 2017 E. 2.3.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 317 N 58). Zumindest wenn die Zulässigkeit der Noven wie im vorliegenden Fall nicht offenkundig oder unzweifelhaft ist, muss die Partei, die das Novenrecht beansprucht, mit dem Vorbringen der Noven selbst auch substantiiert behaupten und beweisen, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (AGE ZB.2020.26 vom 6. Oktober 2020 E. 3.1, ZB.2019.1 vom 29. April 2019 E. 4.1; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 34; Seiler, a.a.O., N 1335 und 1358). Dass unechte Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz haben vorgebracht werden können, setzt voraus, dass der Partei und einem allfälligen Parteivertreter keine Nachlässigkeit bei der Behauptung und Beweisführung vorzuwerfen ist (AGE ZB.2017.18 vom 17. November 2017 E. 2.3.2; vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 229 N 8; Seiler, a.a.O., N 1341 und 1344) bzw. dass das Nichtvorbringen der Noven vor der ersten Instanz von der Partei und einem allfälligen Parteivertreter nicht verschuldet worden ist (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 62; Seiler, a.a.O., N 1341). Umstritten ist der anwendbare Sorgfaltsmassstab. Gemäss der einen Auffassung gilt ein objektivierter Sorgfaltsmassstab (OGer ZH LC130008-O/U vom 29. November 2013 E. C.2; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 62 F.; Steininger, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 317 N 7; vgl. Killias, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 229 ZPO N 14; Willisegger, a.a.O., Art. 229 ZPO N 32). Nach dieser Ansicht ist auf das durchschnittliche Mass an Sorgfalt und Umsicht abzustellen, wie es von jeder Prozesspartei erwartet werden darf und muss (Steininger, a.a.O., Art. 317 N 7; Willisegger, a.a.O., Art. 229 ZPO N 32). Demnach ist zu fragen, ob eine Partei, die das erstinstanzliche Verfahren umsichtig und versiert geführt hat, die Tatsachen oder Beweismittel schon vor erster Instanz hätte erkennen und in den Prozess einbringen müssen, wenn sie den Prozessstoff und ihr eigenes Umfeld kritisch überblickt (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 62). Ob hinsichtlich des Sorgfaltsmassstabs zwischen Rechtskundigen und Rechtsunkundigen zu unterscheiden ist, ist umstritten (Pahud, a.a.O., Art. 229 N 14; Willisegger, a.a.O., Art. 229 ZPO N 32). Eine solche Unterscheidung ist auch bei Anwendung eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs möglich, indem von einer Anwältin oder einem Anwalt die übliche Sorgfalt verlangt wird, die eine vernünftige Anwältin oder ein vernünftiger Anwalt aufgebracht hätte, und von einer rechtsunkundigen Person bloss die übliche Sorgfalt, die eine vernünftige rechtsunkundige Person aufgebracht hätte (vgl. zum Abstellen auf den jeweiligen Verkehrskreis im Rahmen des objektivierten Fahrlässigkeitsmassstabs Schwenger/Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020, N 22.15). Auf jeden Fall nicht zu berücksichtigen sind bei Anwendung eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs jedoch persönliche Umstände der Partei wie Ferien, Unfall oder Krankheit (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 63; vgl. OGer ZH LC130008-O/U vom 29. November 2013 E. C.2) sowie individuelle Unfähigkeit (vgl. Schwenger/Fountoulakis, a.a.O., N 22.17). Nach der anderen Lehrmeinung gilt für nicht anwaltlich vertretene Parteien ein subjektiver Sorgfaltsmassstab (Seiler, a.a.O. N 1342; Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 317 N 15; vgl. Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8). Nach dieser Auffassung sind die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO erfüllt, wenn eine nicht anwaltlich vertretene Partei diejenige Sorgfalt aufgewendet hat, zu der sie nach der konkreten prozessualen Situation und aufgrund ihrer

persönlichen Verhältnisse in der Lage gewesen ist (Seiler, a.a.O., N 1342; vgl. Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8). Dabei sind auch persönliche Kenntnisse und Fähigkeiten der Partei zu berücksichtigen (Seiler, a.a.O., N 1342; vgl. Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8). Für Anwälte gilt jedoch auch gemäss dieser Lehrmeinung ein objektivierter Sorgfaltsmassstab (vgl. Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8; Seiler, a.a.O., N 1344). Mit dem Erfordernis der Anwendung zumutbarer Sorgfalt vor der ersten Instanz soll primär die Gegenpartei geschützt werden. Dieser Zweck spricht für die Anwendung eines objektivierten Sorgfaltsmassstabs (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 62 f.). Bei der Frage der Zulässigkeit unechter Noven geht es nicht um individuelle Vorwerfbarkeit wie im Strafrecht, sondern um den wertenden Ausgleich widerstreitender Interessen (vgl. auch Seiler, a.a.O., N 1343, gemäss dem in der Praxis regelmässig eine Interessenabwägung vorzunehmen sein wird). Auch dies spricht dafür, wie bei der vertraglichen und deliktischen Haftung im Privatrecht einen objektivierten Sorgfaltsmassstab anzuwenden (vgl. zum objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab im Privatrecht Schwenger/Fountoulakis, a.a.O., N 22.14 und 22.20). Der Umstand, dass die beklagte Partei gegen ihren Willen in den Prozess involviert wird (vgl. zu diesem Argument Seiler, a.a.O. N 1342), genügt nicht zur Rechtfertigung der Anwendung eines subjektiven Sorgfaltsmassstabs. Dem Umstand, dass eine Partei mit der persönlichen Prozessführung keine beruflichen Sorgfaltspflichten übernimmt (vgl. zu diesem Argument Seiler, a.a.O., N 1342), kann dadurch Rechnung getragen werden, dass im Rahmen des objektivierten Sorgfaltsmassstabs zwischen Rechtskundigen und Rechtsunkundigen unterschieden wird. Aus den vorstehenden Gründen ist mit dem Obergericht des Kantons Zürich der Lehrmeinung zu folgen, gemäss der sich die Frage, ob unechte Noven bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätten vorgebracht werden können, nach einem objektivierten Sorgfaltsmassstab beurteilt. Das (sorgfältige wie unsorgfältige) Verhalten ihres Vertreters wird der Partei angerechnet (vgl. Pahud, a.a.O., Art. 229 N 14; Seiler, a.a.O., N 1344; Willisegger, a.a.O., Art. 229 ZPO N 32).

2.3 Eine vernünftige rechtsunkundige Person hätte bei Anwendung durchschnittlicher Sorgfalt sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, die der Mieter mit seiner Berufungsschrift und seiner ergänzenden Berufungsschrift vorgebracht hat, bereits innert der mit der Verfügung vom 6. April 2022 angesetzten Frist mit einer schriftlichen Stellungnahme vor dem Zivilgericht vorgebracht. Etwas Gegenteiliges behauptet auch der Mieter nicht. Er macht bloss geltend, er habe die mit der Verfügung vom 6. April 2022 angesetzte Frist aufgrund einer psychischen Erkrankung nicht einhalten können (vgl. ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 S. 3). Dabei handelt es sich um einen persönlichen Umstand, der gemäss dem anwendbaren objektivierten Sorgfaltsmassstab nicht zu berücksichtigen ist. Damit ist davon auszugehen, dass der Mieter sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge, die er mit seiner Berufungsschrift vom 20. Mai 2022 und seiner ergänzenden Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 vorbringt, bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt schon vor dem Zivilgericht hätte vorbringen können. Folglich sind diese unechten Noven im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen. Im Übrigen wären die unechten Noven im Berufungsverfahren auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien ein subjektiver Sorgfaltsmassstab angewendet würde. In diesem Fall ergäbe sich die Nachlässigkeit daraus, dass es der Rechtsvertreter des Mieters unterlassen hat, beim Zivilgericht ein Wiederherstellungsgesuch zu stellen und die unechten Noven innert der gegebenenfalls wiederhergestellten Frist vor dem Zivilgericht vorzubringen.

2.4 Ohne Berücksichtigung der unzulässigen Noven ist aus der Berufungsschrift und der ergänzenden Berufungsschrift nicht ansatzweise erkennbar, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sein sollte. Damit ist die Berufung offensichtlich unbegründet.

E. 2.5

Stunden). Bei einem Honorar nach Zeitaufwand beträgt der Stundenansatz für Anwälte im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung CHF 200.■ (§ 20 Abs. 2 HoR). Damit ergibt sich aus § 7 Abs. 3 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 HoR, dass für Fälle von der Art des vorliegenden üblicherweise ein Aufwand von maximal rund zehn Stunden als notwendig und verhältnismässig erachtet wird. Der unentgeltliche Rechtsbeistand hat nicht dargelegt, weshalb das von ihm übernommene Mandat kein Standardfall sein sollte und inwiefern zur gehörigen Erledigung mehr Aufwand erforderlich gewesen sein sollte. Die blosser Auflistung von Aufwandpositionen in der Kostennote genügt hierfür nicht. Aus den vorstehenden Gründen kann bei der Bemessung des Honorars des unentgeltlichen Rechtsbeistands nach § 7 Abs. 3 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 f. HoR nur ein Zeitaufwand von rund zehn Stunden berücksichtigt werden. Dieser Umfang der Bemühungen ist höher als in einem durchschnittlichen Fall betreffend eine Ausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen. Der Streitwert ist angesichts des vergleichsweise geringen Mietzinses tiefer als in einem durchschnittlichen Fall. Die Bedeutung der Ausweisung für den betroffenen Mieter dürfte aufgrund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Situation allerdings höher sein als in einem durchschnittlichen Fall. Die Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist durchschnittlich. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Faktoren erscheint nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Grundsätzen ein Grundhonorar von CHF 2■250.■ angemessen. Für das Berufungsverfahren betreffend die Ausweisung beträgt das Grundhonorar zwei Drittel davon. Anlass für einen Zuschlag oder Abzug besteht nicht. Insbesondere liegt kein Prozess mit überdurchschnittlich grossem Aufwand in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht im Sinn von § 8 Abs. 2 lit. b HoR vor. In seiner Berufungsschrift vom 20. Mai 2022 erklärt der Mieter sinngemäss den Inhalt seiner Berufungsschrift vom 18. Mai 2022 zum Bestandteil seiner Berufung vom 20. Mai 2022. Mit Verfügung vom 23. Mai 2022 wies der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident den Mieter darauf hin, dass die Berufungsschrift vom 18. Mai 2022 bei provisorischer und summarischer Beurteilung trotz des pauschalen Verweises bei der Beurteilung der Berufung vom 20. Mai 2022 voraussichtlich nicht berücksichtigt werden könne und dass er die Möglichkeit habe, seine Berufung vom 20. Mai 2022 innert der Berufungsfrist mit entsprechenden Ausführungen zu ergänzen. Am 29. Mai 2022 reichte der Mieter eine ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 ein. Die Tatsache, dass sich die Vorbringen des Mieters aus den vorstehenden Gründen auf eine Berufungsschrift vom 20. Mai 2022 und eine ergänzende Berufungsschrift vom 27. Mai 2022 aufteilen, rechtfertigt keinen Zuschlag für eine zusätzliche Rechtsschrift gemäss § 8 Abs. 2 lit. d Ziff. 3 HoR. Damit beträgt das Honorar CHF 1■500.■. Zusätzlich ist in Anwendung von § 23 Abs. 1 HoR wie mit der Kostennote geltend gemacht eine Auslagenpauschale von 3 % des Honorars entsprechend CHF 45.■ zu berücksichtigen. Damit beläuft sich die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren betreffend die Ausweisung auf CHF 1■545.■. Die Widerklage ist bei der Bemessung der Entschädigung nicht zu berücksichtigen, weil das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Widerklage mit Verfügung vom 31. Mai 2022 abgewiesen worden ist.

E. 3

3.1 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat der Mieter in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 95 ZPO die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu tragen und dem Vermieter eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen.

3.2 Mit Verfügung vom 23. Mai 2022 gewährte der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident dem Mieter für das Berufungsverfahren betreffend die Berufung vom 20. Mai 2022 die unentgeltliche Rechtspflege mit Rechtsanwalt [...] als unentgeltlichem Rechtsbeistand. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für die Widerklage wies der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident mit Ziff. 3 seiner Verfügung vom 31. Mai 2022 ab. Mit Ziff. 4 derselben Verfügung verlangte er vom Mieter in Bezug auf die Widerklage einen Kostenvorschuss. Mit Eingabe vom 21. Juni 2022 beantragt der Mieter sinngemäss, Ziff. 3 und 4 der Verfügung vom 31. Mai 2022 seien in Wiedererwägung zu ziehen. Der Gesuchsteller hat nur dann einen Anspruch auf Behandlung eines Wiedererwägungsgesuchs betreffend die Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege, wenn er erhebliche Tatsachen oder Beweismittel anführt, die ihm im Zeitpunkt seines Gesuchs nicht bekannt gewesen sind oder die schon mit dem Gesuch geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich gewesen ist oder keine Veranlassung bestanden hat (vgl. BGer 5D_112/2015 vom 28. September 2015 E. 4.4.2; Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, N 937). Mit seiner Eingabe vom 21. Juni 2022 bringt der Mieter keine neuen Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel vor, sondern macht er bloss rechtliche Ausführungen. Folglich hat er keinen Anspruch auf Beurteilung seines Wiedererwägungsgesuchs. Darauf wird daher nicht eingetreten. Im Übrigen wäre das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen, weil die Ausführungen in der Eingabe vom 21. Juni 2022 nichts daran ändern, dass die Widerklage aussichtslos ist (vgl. oben E. 1.3).

3.3 Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens betreffend die Ausweisung und betreffend die Widerklage werden in Anwendung von § 10 Abs. 2 Ziff. 11 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und § 10 Abs. 2 Ziff. 10 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements (GGR, SG 154.810) auf je CHF 600.■ festgesetzt. Mit Verfügung vom 23. Mai 2022 gewährte der verfahrensleitende Appellationsgerichtspräsident dem Mieter für das Berufungsverfahren betreffend die Berufung vom 20. Mai 2022 die unentgeltliche Rechtspflege. Für die Widerklage wies er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 31. Mai 2022 ab und verlangte einen Gerichtskostenvorschuss von CHF 600.■. Folglich gehen die Gerichtskosten im Umfang von CHF 600.■ zulasten der Gerichtskasse und werden im Umfang von CHF 600.■ mit dem vom Mieter geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

E. 3.4

3.4.1 Vermögensrechtlicher Natur sind entgegen der unzutreffenden Ansicht des Mieters nicht nur Streitigkeiten betreffend eine Geldzahlung (vgl. Eingabe vom 13. Juni 2022), sondern alle Angelegenheiten, bei denen sich der Streitwert um Rechte dreht, die einen materiellen Wert aufweisen, für die ein äquivalenter Geldbetrag genannt werden kann (vgl. statt vieler Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 91 ZPO N 4). Damit ist die vorliegende Streitigkeit offensichtlich vermögensrechtlicher Natur. Der Streitwert des Berufungsverfahrens betreffend die Ausweisung beträgt CHF 43■200.■ (vgl. oben E. 1.1).

3.4.2 Die Parteientschädigung ist im Honorarreglements [HoR, SG 291.400] geregelt (§ 1 Abs. 2 lit. a und Abs. 4). Für das erstinstanzliche Verfahren beträgt das Grundhonorar bei Ausweisungen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen bei einem Streitwert über CHF 10'000.─ zwischen CHF 500.─ und CHF 3'000.─ (§ 7 Abs. 3 HoR). Im Berufungsverfahren bemisst sich das Honorar nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren, wobei das Grundhonorar in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren beträgt (§ 12 Abs. 1 HoR). Soweit das HoR für die Bemessung des Honorars Mindest- und Höchstansätze vorsieht, richtet sich diese nach dem Umfang der Bemühungen, der Bedeutung der Sache für die Parteien sowie der Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 f. HoR). Der Umfang der Bemühungen der Rechtsvertreterin des Vermieters war mit 10 Stunden und 55 Minuten (Kostennote vom 17. Juni 2022) höher als in einem durchschnittlichen Fall betreffend eine Ausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen. Der Streitwert ist angesichts des vergleichsweise geringen Mietzinses tiefer als in einem durchschnittlichen Fall. Die Bedeutung der Ausweisung für den betroffenen Mieter dürfte aufgrund seiner persönlichen und wirtschaftlichen Situation allerdings höher sein als in einem durchschnittlichen Fall. Die Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist durchschnittlich. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Faktoren erscheint nach den für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Grundsätzen ein Grundhonorar von CHF 2'250.─ als angemessen. Für das Berufungsverfahren betreffend die Ausweisung beträgt das Grundhonorar zwei Drittel davon. Anlass für einen Zuschlag oder Abzug besteht nicht. Damit beträgt das Honorar CHF 1'500.─. Mit Kostennote vom 17. Juni 2022 macht die Rechtsvertreterin des Vermieters Auslagen von CHF 29.10 geltend. Da sich dieser Betrag im Rahmen der gemäss § 23 Abs. 1 HoR zulässigen Auslagenpauschale bewegt, ist er bei der Bemessung der Parteientschädigung zu berücksichtigen. Diese beträgt damit insgesamt CHF 1'529.10. Da keine Stellungnahme des Vermieters zur Widerklage eingeholt worden ist (vgl. Verfügung vom 31. Mai 2022), ist die Widerklage bei der Bemessung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen.

3.4.3 Gemäss Art. 122 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO ist der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen zu entschädigen, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei unterliegt. Die konkrete Höhe der Entschädigung richtet sich nach kantonalem Recht. Ein Anspruch auf Entschädigung besteht nur, soweit der Aufwand zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig und verhältnismässig ist. Dass der Aufwand zur Wahrung der Rechte bloss vertretbar erscheint, genügt nicht. Die Bemühungen müssen geeignet sein, die prozessuale Situation der Partei unmittelbar und substanziell zu verbessern. Zur Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit des Aufwands orientiert sich die Praxis am Massstab eines erfahrenen Rechtsanwalts, der aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse und Erfahrung von Anfang an zielgerichtet sein Mandat führt und sich auf die zur Wahrung der Interessen seines Mandanten notwendigen Massnahmen beschränkt (AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.1 mit Nachweisen). Pauschalisierte Entschädigungen für die unentgeltliche Verbeiständung sind zulässig, sofern eine Mehr- bzw. Mindervergütung für besonders aufwändige bzw. einfache Fälle möglich bleibt (AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2; Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, N 571; vgl. Bühler, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 122 ZPO N 18). Bei einer Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen werden alle prozessualen Bemühungen zusammen als einheitliches Ganzes aufgefasst und der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1 S. 454 und

E. 2.5.1 S. 455, 141 I 124 E. 4.3 S. 128; AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2). Bei einer Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen ist von einer Gesamtbetrachtung des Honorars unter Berücksichtigung des konkreten Falls auszugehen. Eine unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Rahmen des gerichtlichen Ermessens festgesetzte Pauschale entbindet das Gericht davon, die einzelnen Positionen der eingereichten Kostennote zu beurteilen (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1 S. 454 und E. 2.5.2 S. 456; vgl. BGE 141 I 124 E. 4.5 S. 129; AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2). Muss sich die im konkreten Fall geschuldete Entschädigung an einem Pauschalbetrag messen, so steht mit dieser Pauschale auch fest, welcher Aufwand für Fälle der betreffenden Art üblicherweise als geboten und damit als entschädigungspflichtig erachtet wird (BGer 5A_380/2014 vom 30. September 2014 E. 3.1; AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2; Rüeegg/Rüeegg, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 122 ZPO N 7). Wenn mit Blick auf den in der Gebührenordnung gesetzten Rahmen erkennbar wird, dass der geleistete Aufwand auch nach einem Minimalansatz zu einer Entschädigung führt, die über das Mass dessen hinausgeht, was für Fälle der betreffenden Art üblicherweise als geboten und damit entschädigungspflichtig angesehen wird, obliegt es dem unentgeltlichen Rechtsbeistand darzulegen, inwiefern zur gehörigen Erledigung seines Mandats ein solcher Aufwand erforderlich gewesen ist. Die blosser Auflistung von Aufwandpositionen in der Kostennote ist hierfür nicht ausreichend (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1 S. 455; BGer 5D_114/2016 vom 26. September 2016 E. 4, 5A_157/2015 vom 12. November 2015 E. 3.3.3, 5A_380/2014 vom 30. September 2014 E. 3.1; AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2). Der unentgeltliche Rechtsbeistand muss vielmehr aufzeigen, weshalb das von ihm übernommene Mandat kein Standardfall ist (BGer 5A_380/2014 vom 30. September 2014 E. 3.1; AGE BEZ.2019.56 vom 21. Februar 2020 E. 2.1.2).

Im Kanton Basel-Stadt ist die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands im HoR geregelt (vgl. § 1 Abs. 2 lit. a HoR). In vermögensrechtlichen Streitigkeiten richtet sich das Honorar der unentgeltlichen Rechtsvertretung nach den §§ 2-10 und 12 des HoR. Bei hohem Streitwert kann es bis auf die Hälfte des Ansatzes gekürzt werden (§ 20 Abs. 1 HoR). Damit bemisst sich das Honorar entgegen der Ansicht des unentgeltlichen Rechtsbeistands des Mieters nicht nach dem Zeitaufwand. Für das erstinstanzliche Verfahren beträgt das Grundhonorar bei Ausweisungen im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen bei einem Streitwert über CHF 10'000.─ zwischen CHF 500.─ und CHF 3'000.─ (§ 7 Abs. 3 HoR). Im Berufungsverfahren bemisst sich das Honorar nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren, wobei das Grundhonorar in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren beträgt (§ 12 Abs. 1 HoR). Damit beträgt das Grundhonorar für das Berufungsverfahren betreffend die Ausweisung CHF 250.─ bis CHF 2'000.─. Soweit das HoR für die Bemessung des Honorars Mindest- und Höchstansätze vorsieht, richtet sich diese nach dem Umfang der Bemühungen, der Bedeutung der Sache für die Parteien sowie der Schwierigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (§ 2 Abs. 1 f. HoR).

Mit Kostennote vom 13. Juni 2022 macht der unentgeltliche Rechtsbeistand des Mieters einen Zeitaufwand von 33.8 Stunden geltend. Ein Teil dieses Aufwands betrifft offensichtlich nicht das Berufungsverfahren betreffend die Ausweisung. Dies gilt insbesondere für die folgenden Positionen: 18. Mai 2022 Recherche UR im Verwaltungsverfahren, Amtshaftung 1.1 Stunden und Antrag UR und Mitarbeiterwechsel

an Sozialhilfe 2.4 Stunden. Der die Berufung gegen die Ausweisung betreffende Aufwand des unentgeltlichen Rechtsbeistands übersteigt den zur Wahrung der Rechte des Mieters notwendigen und verhältnismässigen Aufwand zudem deutlich. Beispielsweise hätte ein erfahrener Rechtsanwalt, der aufgrund seiner besonderen Fachkenntnisse und Erfahrungen von Anfang an zielgerichtet sein Mandat führt, in einem Fall von durchschnittlicher Schwierigkeit wie dem vorliegenden nicht rechtliche Recherchen im Umfang von mehr als drei Stunden betrieben (16. Mai 2022 Recherche, Vorbereitung Antrag unentgeltliche Rechtspflege, Widerklage 2.5 Stunden, 17. Mai 2022 Recherche Rechtslage 0.6 Stunden, 18. Mai 2022 Recherche zu Vollstreckungsschutz und BS Exmissionsverfahren, VRWEx, Fristen, Praktische Umsetzung, SF Appellationsgericht

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