

# GR\_GERICHTE ZK2 2023 40 vom 8. Januar 2024

GR Gerichte, 2024-01-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2023\\_40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_40)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2023 40 du 8 janvier 2024

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2023 40 del 8 gennaio 2024

## Regeste

Anfechtung Kündigung, ev. Erstreckung | OR 253-273c Miete

## Erwägungen

### E. 5

/ 30 hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Gemeint sind unter den Kosten des laufenden Verfahrens sämtliche im hängigen Verfahren anfallenden Gerichtskosten, die Kosten des Schlichtungsverfahrens sowie Parteientschädigungen (Matthias Stein-Wigger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 33 zu Art. 91 ZPO). Auch vorprozessuale Vertretungskosten sind nicht streitwertrelevant, wenn sie als Prozesskosten i.S.v. Art. 95 ZPO zu qualifizieren sind (Stein-Wigger, a.a.O., N 34 zu Art. 91 ZPO). Wird die Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses als missbräuchlich bzw. unwirksam oder nichtig angefochten, ist nach der Rechtsprechung zur Berechnung des Streitwerts die dreijährige Frist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen, während welcher der Vermieter nicht kündigen darf (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.3; 137 III 389 E. 1.1 = Pra 2012 Nr. 6; Beat Brüllhardt/Richard Püntener, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschland [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 10. Aufl., Zürich 2022, Ziff. 5.14.1.2). Dies gilt auch dann, wenn strittig ist, ob es sich beim gekündigten Vertrag über die Miete eines Standplatzes um einen Mietvertrag handelt bzw. der Vertrag wie ein Mietvertrag zu behandeln ist (BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 1). Den Beginn der Frist bildet mit Blick auf die Berechnung des Streitwerts das Datum des angefochtenen Entscheides, weil der Streitwert bei Einreichung des Rechtsmittels bestimmbar sein muss (BGE 137 III 389 E. 1.1 = Pra 2012 Nr. 6). Zur dreijährigen Kündigungssperrfrist dazugezählt werden muss sodann die daran anschliessende, nach dem konkreten Vertrag einzuhaltende Kündigungsfrist (BGE 137 III 389 E. 1.1 = Pra 2012 Nr. 6; Brüllhardt/Püntener, a.a.O., Ziff. 5.14.1.2). Nicht zu berücksichtigen ist die mutmassliche Dauer des Verfahrens (KGer GR ZK2 19 24 v. 7.2.2020 E. 1.1). 1.2. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Kündigung des Mietvertrages vom 23./27. Mai 2013 gültig erfolgt ist. In erster Linie zu entscheiden sein wird jedoch, ob es sich bei diesem Mietvertrag um ein vom öffentlichen Recht oder vom Privatrecht geregeltes Rechtsverhältnis handelt. Weil die Berechnung des Streitwertes aber für die Festlegung des zulässigen Rechtsmittels gemäss ZPO relevant ist, ist die Streitwertberechnung gemäss Privatrecht bzw. oben erwähnter Rechtsprechung heranzuziehen. Im vorliegenden Fall lautet das Hauptbegehren, das allein für die Bestimmung des Streitwertes relevant ist, auf Feststellung der nicht gültig erfolgten Kündigung. Gemäss Ziff. 5 des Mietvertrages kann dieser unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende jedes Monats gekündigt werden (RG act. III.2). Der Mietzins beträgt CHF 250.00 (RG act. III.2, Ziff. 6). Somit ergibt sich, wie bereits von

der Vorinstanz zutreffend festgestellt, ein Streitwert von insgesamt CHF 9'750.00 (3 x 12 x CHF 250 = CHF 9'000.00 + CHF 750.00 =

### **E. 5.1**

BGer 4C.128/2006 v. 12.6.2006 lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine Einwohnergemeinde dem Kläger eine Parzelle als "provisorischen Standplatz für Fahrende zum Abstellen von maximal vier Wohnwagen mit den zugehörigen Anbauten" bzw. als "Wohnstätte" überliess, wobei im "Pachtvertrag" ein Entgelt von CHF 200.00 pro Wohnwagen (insgesamt CHF 800.00) vereinbart worden war. Das Verhältnis zwischen der Einwohnergemeinde und den Fahrenden wurde als privatrechtliches Rechtsverhältnis behandelt. Die Anwendbarkeit der vom Kläger angerufenen Schutzbestimmungen des Mietrechts (spezielle Formvorschrift für die Kündigung gemäss Art. 266l Abs. 2 OR; Regeln über die Anfechtbarkeit der Kündigung und die Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 271 ff. OR) wurde vom Bundesgericht mangels Vorliegen eines Wohnraumes verneint. Die Frage, ob zwischen den Parteien statt eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliege, stand gar nicht zur Diskussion.

### **E. 5.2**

In BGer 4D\_136/2010 v. 11.2.2011 befand sich der Standplatz auf einem Grundstück, das der Bürgergemeinde der Stadt Solothurn gehörte und an die Y. Immobilien AG, eine Privatperson, verpachtet war. Die Y. Immobilien AG stellte das Grundstück den Fahrenden unentgeltlich zur Verfügung. Hier ging das Bundesgericht davon aus, dass zwischen der Y. Immobilien AG und den Fahrenden ein Gebrauchsleiheverhältnis i.S.v. Art. 305 ff. OR vorliege. Auf dieses könnten die Bestimmungen zum Kündigungsschutz einschliesslich der Erstreckungsmöglich-

### **E. 5.3**

In einem weiteren Entscheid ging es ebenfalls um einen Standplatz, den der Kanton Genf für Schausteller und Fahrende eingerichtet und vermietet hatte. Das Bundesgericht bestätigte darin, dass die Vorschriften zum Kündigungsschutz nur auf Mietverträge über Wohn- und Geschäftsräume anwendbar seien, wobei als "Wohnraum" nur solche Räume gelten würden, die zu Wohnzwecken gemietet würden und dafür auch geeignet seien. So müsse der Raum in horizontaler und vertikaler Hinsicht umgrenzt sein, für eine gewisse Dauer eingerichtet werden und vor äusseren Einflüssen schützen. Der vermietete Bereich eines Standplatzes stelle keinen solchen Raum dar, weil es sich um eine offene Fläche handle. Deshalb seien die Art. 266l Abs. 2, 266o und 271 ff. OR (inklusive Bestimmungen zur Erstreckung des Mietverhältnisses) nicht direkt anwendbar (BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 3.2 = ius.focus 2015 Nr. 277; 4C.128/2006 v. 12.6.2006 E. 2; vgl. auch BGE 124 III 108 E. 2b betreffend Begriff des Geschäftsraums). Bereits früher hatte das Bundesgericht entschieden, dass die Miete unbebauten Landes nach einer Kündigung oder nach Ablauf der Mietdauer nicht erstreckt werden kann (BGE 98 II 199 E. 4a). Auch eine analoge Anwendung der Bestimmungen zum Kündigungsschutz verneinte das Bundesgericht. Aus Gründen der Rechtssicherheit könnten die Vorschriften von Art. 266l Abs. 2 OR (Kündigung mittels amtlichem Formular) und Art. 266o OR (Nichtigkeit der Kündigung bei Verstoss gegen die Art. 266l-266n OR) nur für die Kündigung von Wohn- und Geschäftsräumen zur Anwendung kommen (BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 4.2 = ius.focus 2015 Nr. 277). Die Art. 271 ff. OR könnten grundsätzlich analog anwendbar sein,

falls die Situation der Fahrenden mit jener des Mieters einer Wohnung vergleichbar wäre. Dies sei nicht der Fall, wenn der Standplatz für Fahrende vorgesehen sei, welche in fahrtüchtigen Fahrzeugen (Wohnwagen oder Wohnmobilen) wohnen würden und ihren Wohnort leicht wechseln könnten (BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 4.2 = ius.focus 2015 Nr. 277). Nur ausnahmsweise sei eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Erstreckung von Mietverhältnissen vom Bundesgericht bejaht worden (BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 4.2; BGE 98 II 199 E. 4b). Das Verhältnis zwischen dem Mieter einer Wohnung und seinem Vermieter sei ferner nicht zu vergleichen mit demjenigen zwischen den Fahrenden und dem Kanton als Standplatzvermieter. Die Bestimmungen über die Anfechtbarkeit der Kündigungen dienen der sozialen Absicherung, weil der Mieter als die schwächere Vertragspartei betrachtet werde. Andere in Art. 271 und 271a OR genannte Ziele, wie der so-

#### **E. 5.4**

In einem weiteren Fall hatte der Kanton Waadt am Ufer des Neuenburgersees Parzellen vermietet, damit die Mieter darauf Fahrnisbauten (Ferienhäuschen) erstellen konnten, die sie jedoch gemäss Vertrag am Ende des Mietverhältnisses zu entfernen hatten. Hier betonte das Bundesgericht, dass zwar die Vorschriften des Mietrechts anwendbar seien, die Formvorschrift von Art. 266l OR für die Kündigung und die Kündigungsschutzvorschriften von Art. 271 ff. OR aber nicht zur Anwendung kämen, weil es um die Miete von Parzellen gehe und nicht von

#### **E. 5.5**

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass sich in den oben in E. 5.1-5.4 genannten Entscheiden betreffend Kündigung von Standplätzen von Fahrenden bzw. betreffend Kündigung von Landparzellen die Frage des Vorliegens eines verwaltungsrechtlichen Vertrages nie stellte bzw. nie gestellt wurde und immer von einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis ausgegangen wurde. 6. Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit der Überprüfung kantonaler Regelungen von Plätzen für Fahrende in mehreren Entscheiden damit auseinandergesetzt, welche Konsequenzen die völker- bzw. verfassungsrechtlichen Vorgaben bezüglich der Standplätze für Fahrende haben bzw. was die Aufgabe des Staates im Verhältnis zu den Fahrenden ist. Gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts ist die Minderheit der Fahrenden in der Schweiz sowohl durch mehrere Staatsverträge als auch durch die Verfassung in verschiedener Hinsicht geschützt (BGE 148 IV 113 E. 4.3; 147 I 103 E. 11.1; 145 I 73 E. 4 = Pra 2020 Nr. 1; 138 I 205 E. 6.1).

#### **E. 6**

/ 30 CHF 9'750.00) (act. B.1). Damit ist die Eingabe vom 5. Juli 2023 zu Recht in der Form einer Beschwerde erfolgt (act. A.1). 2. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids oder seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung (Art. 239 ZPO) beim Kantonsgericht von Graubünden einzureichen und zwar schriftlich, begründet und unter Beilage des angefochtenen Entscheids (Art. 321 Abs. 1 und 3 ZPO; Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGzZPO; BR 320.100]). Die gerichtsinterne Zuständigkeit der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts (KGV; BR 173.100). Der Entscheid der Vorinstanz ging dem Beschwerdeführer am 5. Juni 2023 zu (RG act. I.9). Die dagegen erhobene Beschwerde vom 5. Juli 2023 erweist sich als fristgerecht. 3. Vorliegend stellt

sich die Frage, ob es sich beim Mietvertrag vom 23./27. Mai 2013 um einen privatrechtlichen oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt und wer demzufolge für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung des Standplatzes zuständig ist (Art. 1 lit. a ZPO bzw. Art. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; BR 370.100]). 3.1. Die Schweizer Behörden verwenden für die Plätze für Fahrende folgende Begriffe (vgl. Vierter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten vom Februar 2017, S. 16, Fn. 24; s. auch BGE 145 I 73 E. 5.3.3 und 5.3.4 = Pra 2020 Nr. 1): ■Standplatz (für die Wintermonate, wird hauptsächlich von schweizerischen Fahrenden genutzt) ■Durchgangsort (für kürzere Halte im Sommer, wird hauptsächlich von schweizerischen Fahrenden genutzt) ■Transitort (grosse, meist von grossen Gruppen ausländischer Fahrender genutzte Plätze) Im vorliegenden Fall geht aus Ziff. 2 des Mietvertrages hervor, dass der Mieter berechtigt ist, auf der Mietparzelle ganzjährig einen Wohnwagen abzustellen und zu bewohnen (RG act. III.1). Es handelt sich daher um einen Mietvertrag über einen Standplatz (s. auch RG act. IV.1).

### **E. 6.1**

Nach Art. 27 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) darf Angehörigen von ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen. Art. 27 UNO-Pakt II verschafft den ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten als Gruppe keinerlei kollektiven Rechte, sondern begründet für Angehörige einer solchen Minderheit nur ein individuelles und direkt gerichtlich anrufbares Recht darauf, dass die Merkmale ihrer Minderheit respektiert und gefördert werden. Was den Schutz der Lebensweise von Fahrenden anbelangt, geht jedoch der Schutzbereich von Art. 27 UNO-Pakt II gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht über jenen von Art. 8 EMRK hinaus (BGE 147 I 103 E. 11.1; 145 I 73 E. 4.1 = Pra 2020 Nr. 1; BGE 138 I 205 E. 5.1 = Pra 2012 Nr. 117).

### **E. 6.2**

Gemäss Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) haben Fahrende als Minderheit einen Anspruch auf besondere Berücksichtigung ihrer Bedürfnisse und Lebensweise durch die Behörden, und zwar sowohl im Gesetzgebungsverfahren als auch im konkreten Einzelfall (BGE 147 I 103 E. 11.2; 138 I 205 E. 5.3 = Pra 2012 Nr. 117). Aus Art. 8 EMRK folgt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine positive Verpflichtung für die Vertragsstaaten, den Fahrenden ihre traditionelle Lebensweise zu ermöglichen, insbesondere das Leben in Wohnwagen (BGE 147 I 103 E. 11.2). Aus Art. 8 EMRK folgt kein eigentliches "Recht auf Wohnen"; der EGMR betont jedoch, dass der Verlust einer Wohnung einer der schwerwiegendsten Eingriffe in das Recht auf Achtung der Wohnung und im Falle der Fahrenden auch in das Recht auf Privat- und Familienleben, das durch Art. 13 Abs. 1 BV geschützt wird, darstellt (BGE 147 I 103 E. 11.2 m.w.H.). Das Bundesgericht hat aber die in einem kantonalen Gesetz zu Halteplätzen von Fahrenden vorgesehene Möglichkeit der Zwangsräumung unter bestimmten Voraussetzungen als vereinbar mit Art. 8 EMRK erachtet (BGE 147 I 103 E. 11.3; 145 I 73 E. 7.1 = Pra 2020 Nr. 1).

### **E. 6.3**

Schweizer Fahrende sind als nationale Minderheit zudem durch das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (RÜSNM; SR 0.441.1) geschützt, das die Mitgliedstaaten insbesondere verpflichtet, Abstellplätze zur Verfügung zu stellen und die Bedürfnisse der Fahrenden in die Planungspolitik zu integrieren (BGE 147 I 103 E. 11.4 m.w.H.; 138 I 205 E. 5.2 = Pra 2012 Nr. 117; Botschaft über das Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten vom 19. November 1997, BBl 1998 II 1293, Ziff. 22).

### **E. 6.4**

Fahrende sind sodann auch durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützt, der direkte und indirekte Diskriminierungen verbietet (BGE 138 I 205 E. 5.4 f. = Pra 2012 Nr. 117). Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine bestimmte Gruppe zwar nicht direkt benachteiligt wird, indirekt aber bewirkt wird, dass Personen aus dieser Gruppe ohne sachliche Gründe schlechter gestellt werden (BGE 141 I 241 E. 4.3.2; 138 I 205 E. 5.5 = Pra 2012 Nr. 117). Das Gemeinwesen ist nicht nur im Bereich des öffentlichen Rechts, sondern auch bei privatrechtlichen Tätigkeiten an die Grundrechte und damit an das Diskriminierungsverbot gebunden (BGE 109 Ib 146 E. 4; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1404 m.w.H.). Sodann wenden die Zivilgerichte in ihrem Zuständigkeitsbereich die gesamte Rechtsordnung an (vgl. Art. 57 ZPO), darunter gegebenenfalls auch das öffentliche Recht mit Einschluss der Grundrechte (BGer 2C\_966/2018, 2C\_967/2018 v. 29.1.2019).

### **E. 6.5**

Im Gegensatz zu einer Privatperson, die Fahrenden einen Standplatz auf freiwilliger Basis überlassen kann, ist der Staat verpflichtet, Standplätze für Fahrende zur Verfügung zu stellen, und dem Staat gegenüber können sich Fahrende auf den verfassungsmässigen Schutz ihrer Lebensweise berufen (BGer 4D\_136/2010 v. 11.2.2011 E. 4.3.4). Dementsprechend hat das Gemeinwesen bei der Nutzungsplanung Zonen und geeignete Plätze für Fahrende vorzusehen (BGE 129 II 312 E. 3.2 = Pra 2004 Nr. 52). Das Zurverfügungstellen von Standplätzen an Fahrende durch den Staat stellt daher eine öffentliche Aufgabe dar. Demzufolge handelt es sich bei einem Standplatz um Verwaltungsvermögen (Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons Graubünden [FHG; BR 710.100]). Die Zugehörigkeit einer öffentlichen Sache zum Verwaltungsvermögen schliesst aber die Anwendbarkeit des Zivilrechts nicht völlig aus. Die Gegenstände des Verwaltungsvermögens bleiben vielmehr dem Zivilrecht unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt (BGE 143 III 242 E. 3.5 = Pra 2018 Nr. 115; 132 III 49 E. 2.3; 120 II 321 E. 2b; 119 II 411 E. 3; 103 II 227 E. 4; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband zur 5. und 6. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 115 IV., S. 352; vgl. dazu auch E. 7.5.2, wonach Parkplätze, die auf einer dem Gemeinwesen gehörenden Strassenparzelle erstellt worden waren, durch einen privatrechtlichen Vertrag vermietet wurden [VGer ZH VK.2020.00001 v. 7.8.2020 E. 3.4]).

### **E. 6.6**

Im vorliegenden Fall ist der Kanton Graubünden mit der Schaffung des Standplatzes in der B.\_\_\_\_\_, Gemeinde C.\_\_\_\_\_, seiner Verpflichtung nachgekommen, den Fahrenden

Standplätze zur Verfügung zu stellen. Obwohl diese Standplätze zum Verwaltungsvermögen gehören, folgt daraus nicht zwingend, dass der Abschluss eines privatrechtlichen Mietvertrages über diese Standplätze ausgeschlossen wäre.

## **E. 7**

/ 30 3.2. Der angefochtene Entscheid des Regionalgerichts Viamala beschränkt sich auf die Frage der Rechtsnatur des Mietvertrages (act. B.1, E. II.2). Dabei kommt das Regionalgericht in Anwendung der Subordinationstheorie, der Interessentheorie, der Funktionstheorie sowie der modalen Theorie zum Schluss, der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag sei als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren (act. B.1, E. II.2.8). Es liege zwar kein Subordinationsverhältnis vor, aber faktisch bestehe zwischen den Parteien ein Ungleichgewicht (act. B.1, E. II.2.4). Bei der Prüfung unter dem Aspekt der Interessentheorie bejaht die Vorinstanz ein öffentliches Interesse daran, dass sich Fahrende nur mehr oder weniger dauerhaft dort aufhalten, wo eine entsprechende Infrastruktur vorhanden ist (act. B.1, E. II.2.5). In Anwendung der Funktionstheorie kommt die Vorinstanz zum Schluss, das Zurverfügungstellen von Standplätzen stelle eine öffentliche Aufgabe dar. Der vom Kanton Graubünden in C.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellte Standplatz gehöre zum Verwaltungsvermögen. Wenn Verwaltungsvermögen zur Verfügung gestellt werde, seien die betreffenden Verträge als Verwaltungsverträge einzustufen (act. B.1, E. II.2.6). Daher ist das Regionalgericht Viamala auf die Klage nicht eingetreten (Art. 1 lit. a i.V.m. Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zugleich hat es eine Weiterleitungspflicht an die zuständige Behörde verneint. 3.3. Der Beschwerdeführer macht geltend, die vom Beschwerdegegner angerufenen Bestimmungen des Völkerrechts sowie das öffentliche Recht würden den Kanton Graubünden nur dazu verpflichten, den Fahrenden Standplätze zur Verfügung zu stellen. Diese Bestimmungen würden aber die Vermietung der Standplätze an die Fahrenden sowie das Entgelt dafür nicht regeln (act. A.1, Ziffn. III.1 und III.7). Eine öffentliche Abgabe in Form eines Mietzinses für einen Standplatz bedürfe aber einer formell-gesetzlichen Grundlage, die in casu nicht vorliege (act. A.1, Ziff. IV.1). Wenn zudem die Rechtsbeziehung, welcher ein verwaltungsrechtlicher Vertrag begründe, unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen müsse, eine solche öffentliche Aufgabe aber wie in casu nicht in einem Gesetz geregelt sei, so fehle es auch an einer Grundlage für den Abschluss eines Mietvertrages in Form eines Verwaltungsvertrages (act. A.1, Ziffn. III.1, IV.4 und IV.6). Es könne nicht entscheidend sein, dass die Standplätze zum Verwaltungsvermögen des Kantons gehörten. Ein koordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag liege nur zwischen öffentlich-rechtlichen Einheiten vor, was hier nicht der Fall sei. Ein subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag liege bei einem Vertrag zwischen dem Staat als Hoheitsträger und einem Privaten vor; dieser Vertrag regle eine vom Privaten zu erbringende Leistung, welche eine Verwaltungsaufgabe darstelle, was in casu nicht der Fall sei (act. A.1, Ziff. III.3). Folglich fehle es für den Abschluss eines Verwaltungsvertrages, welcher die Verpflichtung zur Zahlung ei-

### **E. 7.1**

Weil die bisherigen Ausführungen keinen eindeutigen Schluss darüber zulassen, wie der Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner zu qualifizieren ist, ist zuerst abzuklären, ob der Mietvertrag überhaupt

### **E. 7.2**

Andererseits stellt sich die Frage, ob der Beschwerdegegner befugt gewesen wäre, privatrechtlich zu handeln und einen privaten Mietvertrag abzuschliessen. Ist eine Materie abschliessend durch das öffentliche Recht geordnet, so besteht als Folge der Bindung an das Legalitätsprinzip kein Raum für privatrechtliche Regelungen. Liegt keine abschliessende öffentlich-rechtliche Regelung vor, so ist zu prüfen, ob nach deren Sinn und Zweck öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Handeln geboten ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1380). Bereiche privatrechtlich erlaubten Handelns des Staates sind: administrative Hilfstätigkeit, Verwaltung des Finanzvermögens, privatwirtschaftliche Staatstätigkeit sowie Teile der Leistungsverwaltung (Gewährung von staatlichen Leistungen) (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1384 ff.). Gerade im Bereich der Leistungsverwaltung besteht für die rechtsanwendenden Behörden, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, eine weitgehende Wahlfreiheit für die Verwendung privater oder öffentlich-rechtlicher Formen, wobei das privatrechtlich handelnde Gemeinwesen an die für die staatliche Tätigkeit geltenden Grundsätze gebunden bleibt (BGE 114 Ia 423 E. 4a; 109 Ib 146 E. 4; Arnold Marti, in: Zürcher Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Bd. I/1, Zürich 1998, N 199 zu Art. 6 ZGB). Im vorliegenden Fall ist die Materie "Betrieb" von Standplätzen für Fahrende nicht abschliessend durch das öffentliche Recht geordnet. Es geht hier um den Bereich Leistungsverwaltung, indem der Kanton den Fahrenden Standplätze zur Verfügung stellt. Daher fällt auch privatrechtliches Handeln des Kantons in Betracht.

### **E. 7.3**

Die vom Bund im Jahre 1995 gegründete Stiftung Zukunft für Schweizer Fahrende hat den Auftrag, die Lebensbedingungen der Fahrenden in der Schweiz zu sichern sowie zu verbessern und zu diesem Zweck die Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden zu fördern. In Ziff. 6.3.4 ihres Handbuchs für die Planung, den Bau und Betrieb von Stand-, Durchgangs- und Transitplätzen

### **E. 7.4**

Der Kanton Thurgau hat ein "Merkblatt für Gemeinden betreffend Vermietung von Plätzen an grössere und kleinere Gruppen von 'Fahrenden'" erstellt. Dabei macht er für die Situationen "Halten mit Einverständnis des Grundeigentümers auf privatem Grund" und "Halten mit Einverständnis der Gemeinde auf öffentlichem Grund" keinen Unterschied, sondern schlägt für beide Fälle den Abschluss eines schriftlichen Mietvertrages vor. Dies legt die Vermutung nahe, dass auch das Gemeinwesen einen privatrechtlichen Mietvertrag abschliessen soll und keinen Verwaltungsvertrag.

### **E. 7.5**

Nachdem die vorstehenden Ausführungen verschiedene Anhaltspunkte, aber keine abschliessende Beurteilung ermöglicht haben, sind zur Qualifikation des Mietvertrages vom 23./27. Mai 2013 als privatrechtlich oder als öffentlich-rechtlich diejenigen Theorien beizuziehen, auf die bereits die Vorinstanz abgestellt hat. Dabei wendet das Bundesgericht im Sinne eines Methodenpluralismus folgende Theorien an (BGE 128 III 250 E. 2a m.w.H.; vgl. auch BGE 149 I 25 E. 4.4.4; VGer GR U 18 80 v. 3.12.2019 E. 1.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 223 ff., Rz. 1293 f.; Marti, a.a.O., N 62 ff. zu Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB; René Wiederkehr, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2017 [zit. Wiederkehr, Verwaltungsrecht], Rz. 1 ff. und Rz. 15 ff.): ■ Subordinatontheorie (s. E. 7.5.1) ■ Interessentheorie (s. E. 7.5.2) ■ Funktionstheorie (s. E. 7.5.3) ■ modale Theorie

(s. E. 7.5.4)

### **E. 7.5.1**

Nach der Subordinationstheorie sind die Über- oder Unterordnung der am Rechtsverhältnis Beteiligten und damit die Ausübung von hoheitlichem Zwang entscheidend. Danach ist ein Rechtsverhältnis verwaltungsrechtlicher Natur, wenn der Staat dem Privaten gegenüber übergeordnet und hoheitlich auftritt. Für die Abgrenzung bietet die Subordinationstheorie jedoch meist keine Hilfe, weil sowohl der privatrechtliche als auch der verwaltungsrechtliche Vertrag auf gemeinsamen Willenserklärungen beruhen und sich die Vertragspartner in beiden Fällen rechtlich gleichgeordnet gegenüberstehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 223 und Rz. 1293; Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 1 IV., S. 3). Deshalb ist die Subordinationstheorie im vorliegenden Fall, wo es um die Qualifizierung eines als "Mietvertrag" bezeichneten Rechtsverhältnisses geht, für die Abgrenzung nicht hilfreich.

### **E. 7.5.2**

Gemäss der Interessentheorie erfolgt die Abgrenzung zwischen einem privaten Vertrag und einem Verwaltungsvertrag danach, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 225 und Rz. 1294; Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 17; Marti, a.a.O., N 64 zu Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB). Doppelnormen oder gemischte Normen dienen sowohl öffentlichen als auch privaten Interessen, so dass sich nach dieser Theorie keine eindeutige Zuordnung vornehmen lässt. Zudem kann die Frage, welche Interessen hauptsächlich verfolgt werden, umstritten sein (Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 17). Privatrechtlich ist der Vertrag, wenn er nur "mittelbar" öffentliche Interessen verfolgt (z.B. Beschaffung von Hilfsmitteln für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wie Kauf von Büromaterial oder Miete von Büroräumlichkeiten). Doch auch ein als Mietvertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis, welches auf einer dem Gemeinwesen gehörenden Strassenparzelle erstellte Parkplätze betraf, wurde als privatrechtlich qualifiziert, obwohl eine parzellarische Einheit dieser Parkplätze mit einer öffentlichen Strasse bestand. In diesem Fall wurde argumentiert, dass das vertragliche Nutzungsverhältnis keinen öffentlichen Interessen diene, sondern hauptsächlich den privaten Interessen der privaten Mieterin als Benützerin der Fläche. Soweit überhaupt ein öffentliches Interesse erkennbar sei, handle es sich lediglich um ein finanzielles

### **E. 7.5.3**

Nach der Funktionstheorie ist massgebend, ob der Vertrag die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zum Gegenstand hat. Eine klare Abgrenzung zur Interessentheorie ist kaum möglich, da die Erfüllung staatlicher Aufgaben in der Regel einem öffentlichen Interesse entspricht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 229; Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 18). Ein Vertrag ist als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn dem Privaten dadurch unmittelbar die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe übertragen wird (BGE 128 III 250 E. 2b m.w.H.). Sollen "unmittelbar" Verwaltungstätigkeiten wahrgenommen oder geregelt werden (z.B. Erschliessung von Bauland, Enteignungen, Subventionen, Errichtung und Betrieb von Altersheimen [Qualifikation allerdings offen gelassen in VGer ZH VB.2018.00376 v. 23.1.2019 E. 3.2 ff.], Ausübung von Kontrollen auf dem Gebiet des Umweltschutzes, Vereinbarung betreffend Unterbringung von Asylsuchenden [VGer GR U 18 80 v. 3.12.2019 E. 1.3]), so liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor. Von einem

privatrechtlichen Vertrag ist grundsätzlich auszugehen, wenn das Gemeinwesen ähnlich wie ein Privater am Markt auftritt und dabei einen Ertrag erzielen will (privatwirtschaftliche Tätigkeit) oder Finanzvermögen gewinnorientiert bewirt-

#### **E. 7.5.4**

Nach der modalen Theorie ist entscheidend, ob die Verletzung des Vertrags eine zivilrechtliche (z.B. Schadenersatz) oder eine verwaltungsrechtliche Sanktion (z.B. Widerruf einer Bewilligung oder Ersatzvornahme) zur Folge hat (Marti, a.a.O., N 63 zu Vorbem. Art. 5 und 6 ZGB; Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 19).

#### **E. 7.6**

Grundsätzlich nicht massgebende Theorien für die Abgrenzung zwischen privatrechtlichem Vertrag oder Verwaltungsvertrag sind Kriterien wie Parteiwille, Verweis auf das Obligationenrecht, Vorliegen einer Schiedsgerichtsklausel oder Gerichtsstandsvereinbarung oder Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen. Sie können aber nach Ansicht des Bundesgerichts allenfalls als Indizien oder Hilfskriterien dienen, die auf die Rechtsnatur schliessen lassen (Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 21; vgl. BGE 134 II 297 E. 3.3). Dabei ist zu beachten, dass, auch wenn die Gebrauchsüberlassung einer Sache auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erfolgt, die Normen des Obligationenrechts aufgrund einer Verweisung zur Lückenfüllung herangezogen werden können. Dies ändert jedoch nichts am öffentlich-rechtlichen Charakter (Roger Weber, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 4a vor Art. 253- 273c OR). Andererseits ist als Indiz für das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrags der Umstand zu werten, dass der Vertrag verschiedentlich auf Artikel des Obligationenrechts verweist und zudem eine Gerichtsstandsklausel enthält, woraus geschlossen werden kann, dass die Parteien selber ursprünglich von einem privatrechtlichen Vertrag ausgegangen sind und nicht eine verwaltungsrechtliche Vereinbarung schliessen wollten (BGE 134 II 297 E. 3.3). In casu wurde der zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner am 23./27. Mai 2013 abgeschlossene Vertrag (RG act. III.1) als "Mietvertrag" bezeichnet sowie der Kanton Graubünden als "Vermieter" und der Beschwerdeführer als "Mieter". Der Mieter hat gemäss Ziff. 6 des Vertrages einen "Mietzins" sowie eine "Kautions" zu bezahlen. Nach Ziff. 17 des Mietvertrages gelten subsidiär die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Miete. In Ziff. 18 des Mietvertrages werden für alle Streitigkeiten die "ordentlichen Gerichte" für zuständig erklärt sowie "Thusis" als Gerichtsstand vereinbart. Wenn der Kanton Graubünden als "Vermieter" den Mietvertrag aber in Form eines Verwaltungsvertrages hätte abschliessen wollen, hätte er wohl kaum einen Hinweis auf die Zuständigkeit der "or-

#### **E. 8**

/ 30 ner Standplatzgebühr beinhalte, an einer gesetzlichen Grundlage. Deshalb könne nur das Privatrecht zur Anwendung kommen und es liege ein privatrechtlicher Mietvertrag vor (act. A.1, Ziffn. III.1, III.7 und IV.6). 3.4. Gemäss den Ausführungen des Beschwerdegegners hat der Kanton Graubünden den Standplatz C.\_\_\_\_\_ in Nachachtung völker- und verfassungsrechtlicher Verpflichtungen geschaffen, zusätzliche formell-rechtliche Grundlagen betreffend Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben bestünden weder auf Bundes- noch Kantonsebene (act. A.2, Ziff. 7 f.). Der Standplatz gehöre zum Verwaltungsvermögen des Kantons und stehe nur einem beschränkten Kreis von privaten Nutzern zur Verfügung. Mit einem

monatlichen Mietzins in Höhe von CHF 250.00 lasse sich angesichts der inbegriffenen Leistungen und des Betriebs- sowie Unterhaltskostenaufwandes mit der Vermietung eines Standplatzes kein Gewinn erzielen (act. A.2, Ziff. 7). Eine gesetzliche Grundlage für das Betreiben des Standplatzes in C.\_\_\_\_\_ und damit auch für den Abschluss eines Mietvertrages sieht der Beschwerdegegner sowohl in den völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz als auch in Art. 3 des Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700), welche dazu führten, dass den Bedürfnissen der Fahrenden Rechnung zu tragen sei. Diese Vorgaben seien mittels Vereinbarung mit der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ (RG act. IV.1) in dem Sinne umgesetzt worden, dass der Kanton sogar selbst einen Standplatz betreibe und nicht bloss planerische Grundlagen dafür geschaffen habe (act. A.2, Ziff. 11 f.). Zudem seien die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage im vorliegenden Fall herabgesetzt und die Überprüfung der Abgeltung für den Standplatz könne anhand des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips erfolgen (act. A.2, Ziff. 13). 3.5. Im vorliegenden Fall sind sich der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner darin einig, dass der Kanton Graubünden aufgrund völker- und verfassungsrechtlicher Vorgaben verpflichtet ist, Standplätze für Fahrende zu schaffen. Strittig ist hingegen, ob die Vergabe der Standplätze via privatrechtliche Mietverträge oder mittels öffentlich-rechtlicher Verträge (bzw. Verwaltungsverträge) erfolgen könne bzw. erfolgt sei. 4. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nicht bereits die Schlichtungsstelle für Mietsachen Viamala diese Frage hätte klären und allenfalls einen Nichteintretensentscheid fällen müssen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit der paritätischen Schlichtungsbehörde im Sinne von Art. 200 Abs. 1 ZPO im reinen Schlichtungsverfahren grundsätzlich von den Behauptungen

## **E. 9**

/ 30 der klagenden Partei auszugehen (BGE 146 III 47 E. 4.3). Ist gestützt auf die Sachdarstellung der klagenden Partei auf eine Miete oder Pacht von Wohn- oder Geschäftsräumen zu schliessen, hat die paritätische Schlichtungsbehörde – Rechtsmissbrauch vorbehalten – das Schlichtungsverfahren durchzuführen, auch wenn die beklagte Partei das Vorliegen eines Mietvertrags bestreitet (BGE 146 III 47 E. 4.1). Nur wenn die paritätische Schlichtungsbehörde offensichtlich sachlich nicht zuständig ist, darf sie das Verfahren durch einen Nichteintretensentscheid beenden (BGE 146 III 47 E. 4.3; KGer GR ZK1 16 42 v. 3.5.2016 E. 2d f.). Eine solche offensichtliche sachliche Unzuständigkeit lag im vorliegenden Fall nicht vor, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Die Schlichtungsstelle für Mietsachen Viamala hat daher zu Recht keinen Nichteintretensentscheid gefällt. 5. Das Bundesgericht hat sich in einigen Entscheiden zu den Vorschriften geäußert, die auf Standplätze für Fahrende anwendbar bzw. nicht anwendbar sind. Einige Fälle betrafen Sachverhalte, wo der Staat bzw. eine Gemeinde einen Standplatz eingerichtet und an Fahrende vermietet hatte.

## **E. 10**

/ 30 keit auch nicht analog angewendet werden (BGer 4D\_136/2010 v. 11.2.2011 E. 4.3).

### **E. 10.1**

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das Verfahren auf Antrag des Klägers und Beschwerdeführers zwecks Vereinfachung des Prozesses auf die Frage der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses eingeschränkt (act. B.1, Ziff. 2) und ist schliesslich auf die Klage nicht eingetreten, weil der Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem

Beschwerdegegner dem öffentlichen Recht unterstehe. Die Beschwerdeinstanz ist zu einem anderen Schluss gekommen und qualifiziert den Mietvertrag als privatrechtlichen Vertrag. Damit ist auf die Klage einzutreten und neben der Frage der gültigen Kündigung die Frage einer allfälligen Erstreckung des Mietverhältnisses zu beurteilen (RG act. II.1, Rechtsbegehren). Die Vorinstanz hat sich mit diesen Argumenten noch nicht auseinandergesetzt, insbesondere auch nicht mit dem Vorwurf, dass angebliche Verstösse des Beschwerdeführers die Kündigung des Mietvertrages gerechtfertigt hätten (RG act. II.2, Ziff. 3 ff.). Diesbezüglich wurde auch kein Beweisverfahren durchgeführt. Damit liegt vor Beschwerdeinstanz keine spruchreife Sache vor, sondern ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 10.2**

In casu verlangt der Beschwerdeführer in seinem dritten Rechtsbegehren die Korrektur von Ziff. 3 lit. a und c des vorinstanzlichen Entscheides. Die Gerichtskosten der Vorinstanz seien dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Zudem sei dieser zu verpflichten, dem Kläger und Beschwerdeführer für das vor-

### **E. 11**

/ 30 ziale Friede im Wohnungswesen oder der Kampf gegen die negativen Auswirkungen der Immobilienspekulationen, seien ebenfalls nicht betroffen, wenn es darum gehe, den Mietvertrag für einen Standplatz für Fahrende zu beenden. Die mietrechtlichen Bestimmungen zum Kündigungsschutz (Art. 271a Abs. 1 und 2 OR) seien daher weder direkt noch analog anwendbar (BGE 145 I 73 E. 7.2.1 = Pra 2020 Nr. 1; BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 4.2). Die vom Bundesgericht erwähnte Ausnahme einer allenfalls analogen Anwendung des Mietrechts betraf die Konstellation, dass ein unbefristeter Mietvertrag vorliegen würde und der Mieter mit Wissen des Vermieters eine kostspielige Fahrnisbaute zu Wohn- oder Geschäftszwecken errichten würde und damit rechnen dürfte, dass der Mietvertrag auf absehbare Zeit nicht gekündigt würde (BGE 98 II 199 E. 4b). Nach Ansicht des Bundesgerichts ist aber von einer solchen analogen Anwendung nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen (BGE 98 II 199 E. 4c). Auch wenn sie sich nicht auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Mietverträge von Wohnräumen berufen könnten, würden den Mietern eines Standplatzes die rechtlichen Möglichkeiten nicht vollständig entzogen, die Gültigkeit einer Kündigung anzufechten; sie könnten eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB jederzeit anfechten. Einen solchen Fall verneinte das Bundesgericht jedoch, wenn dem Fahrenden gekündigt worden sei, weil er eine Installation vorgenommen habe, für welche die dafür notwendige Bewilligung nicht vorgelegen habe (BGE 145 I 73 E. 7.2.1 = Pra 2020 Nr. 1; BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 E. 4.2 = ius.focus 2015 Nr. 277; vgl. auch BGE 133 III 175 E. 3.3.4, wonach eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Kündigung ebenfalls innert 30 Tagen anzufechten ist). In der Lehre wird BGer 4A\_109/2015 v. 23.9.2015 kritisiert, weil in der Schweiz ähnlich wie bei gewissen Wohnräumen ein Mangel an Standplätzen besteht, was einen Platzwechsel bei Kündigung erschwert. Auch könnte sich bei einem Fahrenden-Ehepaar mit vielen Kindern bei der Kündigung des Standplatzes eine ähnliche Problematik wie bei einer Wohnungskündigung ergeben (Leonie Dörig, in: ius.focus 2015 Nr. 277).

### **E. 11.1**

Die Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen zum Kostenrecht (Art. 104 ff. ZPO). Zu beachten ist namentlich Art. 104 Abs. 4 ZPO, wonach bei einer Rückweisungsentscheidung die Rechtsmittelinstanz die Verteilung (nicht aber die Festsetzung) der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen kann (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 24 zu Art. 327 ZPO). Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde vollständig obsiegt. Der Beschwerdegegner hat daher die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen und schuldet dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO e contrario). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren im Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 4'000.00 festgesetzt und sind vom Beschwerdegegner zu tragen.

### **E. 11.2**

Die urteilende Instanz setzt die Parteientschädigung der obsiegenden Partei nach Ermessen fest (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). Sie geht vom Betrag aus, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, soweit der vereinbarte Stundenansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertzuschlag üblich ist und keine Erfolgsszuschläge enthält, der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich ist sowie die geforderte Entschädigung nicht eine von der Sache beziehungsweise von den legitimen Rechtsschutzbedürfnissen her nicht gerechtfertigte Belastung der unterliegenden Partei zur Folge hat (Art. 2 Abs. 2 HV). Als üblich gilt ein Stundenansatz zwischen 210 und 270 Franken. Reicht die entschädigungsberechtigte Partei keine Honorarnote ein, die eine umfassende Überprüfung der Aufwendungen erlaubt, wird die Entschädigung nach Ermessen festgesetzt (Art. 5 Abs. 2 HV).

### **E. 11.3**

Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung des Vorsitzenden der II. Zivilkammer vom 17. August 2023 (ZK2 23 41) für das vorliegende Beschwerdeverfahren (ZK2 23 40) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. HSG Hermann Just zum Rechtsvertreter ernannt. Die Kosten der Rechtsvertretung gehen somit – soweit sie nicht durch die Parteientschädigung der Gegenpartei gedeckt sind – nach Massgabe von Art. 122 Abs. 2 ZPO zu Lasten des Kantons Graubünden. Nachdem vorliegend der Kanton Graubünden (Amt für Gemeinden) die im Beschwerdeverfahren unterliegende Partei ist, bestehen keine Anhaltspunkte für die Uneinbringlichkeit der für das Beschwerdeverfahren zugesprochenen Parteientschädigung. Deshalb kann derzeit davon abgesehen werden, die dem unentgeltlichen Rechtsvertreter subsidiär vom Kanton zu leistende Entschädigung festzusetzen (Art. 122 Abs. 2 ZPO; vgl. KGer GR ZK2 16 8 v. 24.10.2016 E. 6). 12. Gemäss Art. 240 ZPO in Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) haben die kantonalen richterlichen Behörden ein Doppel der Urteile über angefochtene Mietzinsen und andere Forderungen der Vermieter dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zuzustellen. Dies erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides (Markus Kriech, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 1 zu Art. 240 ZPO).

## **E. 12**

/ 30 Wohnbauten (BGer 4A\_337/2022 v. 24.10.2023 E. 6.3 und E. 7.2). Die Vorinstanz hatte es verneint, dass seitens des Kantons Waadt Rechtsmissbrauch vorliege, weil die Mieter von Anfang an gewusst hätten, dass sie bei einer Kündigung des Mietvertrages die Fahrnisbauten entfernen müssten. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass der Kanton Waadt mit der Kündigung der Parzellen, um diese anderweitig zu nutzen, nur seine Rechte als Eigentümer der Parzellen wahrgenommen habe, zumal die Mieter seit den 1960er-Jahren von diesem Mietverhältnis hätten profitieren können (BGer 4A\_337/2022 v. 24.10.2023 E. 7.2).

## **E. 13**

/ 30

## **E. 14**

/ 30 E. 3.6 m.w.H.). Auch wenn ein Anspruch vor Gericht nicht durchsetzbar ist, legt das Gericht die Gesetzesbestimmungen so aus, dass sie mit den Grundrechten und internationalen Vereinbarungen übereinstimmen (Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 10. März 2016, Obligation positive de mise à disposition d'aires de séjour ou de transit en faveur des gens du voyage suisses et portée de l'art. 35 Cst., JAAC 2/2017 du 30 mars 2017, Ziff. 6).

## **E. 15**

/ 30 in Form eines Verwaltungsvertrages zwischen dem Kanton und dem Beschwerdeführer hätte abgeschlossen werden dürfen. Der Beschwerdeführer moniert in diesem Zusammenhang die fehlende gesetzliche Grundlage im öffentlichen Recht, insbesondere für die Erhebung einer Standplatzgebühr. Die Regelung von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten durch subordinationsrechtliche Verträge bzw. Verwaltungsverträge ist nur unter zwei kumulativen Voraussetzungen zulässig: ■ Zunächst muss eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm den Vertrag vorsehen, dafür Raum lassen oder ihn jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliessen. Der Vertragsinhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen, der in Form eines Gesetzes erlassen worden sein muss, wenn es sich um eine wichtige Regelung handelt. Das Erfordernis der Gesetzesform können auch vom Parlament (und allenfalls vom Volk) genehmigte völkerrechtliche Verträge erfüllen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 352). Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind bei einem Verwaltungsvertrag geringer als bei Verfügungen, sofern das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit wegen der Zustimmung zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses durch die Privaten als geringfügig erscheint. Auch die Grundlage im Gesetz kann bei Verträgen im Allgemeinen schmaler sein als bei Verfügungen, weil staatliche Eingriffe in die Rechte der Privaten weniger intensiv und damit weniger wichtig sind, wenn die Betroffenen ihnen zustimmen. In besonderen Fällen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag somit auch dann abgeschlossen werden, wenn keine Norm ausdrücklich dazu ermächtigt, und es darf eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden, die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte; doch müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen (BGE 136 I 142 E. 4.1 und E. 4.2). Davon bestehen aber z.B. bei Benutzungsgebühren, welche ein Entgelt für die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung oder einer öffentlichen Sache im gesteigerten Gemeingebrauch darstellen, Ausnahmen;

hier können unbestimmte Regelungen genügen, wenn Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können (BGE 125 I 182 E. 4e-h; 105 Ia 207 E. 2a; René Wiederkehr, Kausalabgaben – Arten, Bemessung und Gesetzmässigkeit: eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, in: recht 2023 [zit.: Wiederkehr, Kausalabgaben], S. 140 und S. 143). Wenn das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip die Höhe von Benutzungsgebühren ausreichend begrenzen, darf der Gesetzgeber deren Bemessung vollständig der Exe-

#### **E. 16**

/ 30 kutive überlassen und sich darauf beschränken, Subjekt und Objekt der Abgabe festzulegen (Wiederkehr, Kausalabgaben, S. 142; vgl. BGE 132 II 371 E. 2.1). ■ Weiter muss der Verwaltungsvertrag nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung (BGE 136 II 415; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1310). Als mögliches Motiv für die Wahl der Vertragsform kann sein, dass beide Vertragsparteien eine dauerhafte gegenseitige Beziehung wollen und der einseitige Verzicht auf die Erfüllung der vertraglichen Pflichten ausgeschlossen werden soll; in diesem Fall begründet der Vertrag sog. wohlervorbene Rechte, die durch Gesetzesrevisionen nicht geändert werden und deren Entzug oder wesentliche Einschränkung nur gegen eine Entschädigung erfolgen können (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1315). Als weiterer Grund für die Wahl der Vertragsform in Frage kommt die Konstellation, dass der Private sich zu einer Leistung im öffentlichen Interesse verpflichten soll, zu welcher ihn die Verwaltungsbehörde mittels Verfügung nicht zwingen kann, weil die dafür erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt und die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für den Abschluss des Verwaltungsvertrages geringer sind (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1317). Weitere Gründe für die Wahl der Vertragsform können sein: die Gleichordnung von Gemeinwesen und Privaten bei der Begründung und während der Dauer des Rechtsverhältnisses, eine erheblicher Ermessensspielraum der zuständigen Behörde bei der Regelung eines Rechtsverhältnisses oder die Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten durch eine Einigung zwischen Behörden und Privaten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1319). Im vorliegenden Fall kann sich der Beschwerdegegner als gesetzliche Grundlage für den Abschluss eines Verwaltungsvertrages auf völkerrechtliche Übereinkommen berufen, welche die Schweiz verpflichten, dafür zu sorgen, dass die Minderheit der Fahrenden ihre Lebensweise fortführen kann. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgt dies insbesondere dadurch, dass Standplätze für Fahrende geschaffen und zur Verfügung gestellt werden müssen. Die unbestimmten Regelungen in den völkerrechtlichen Übereinkommen, welche die Minderheit der Fahrenden schützen, können als gesetzliche Grundlage genügen, wenn Rechte und Pflichten zwischen dem Kanton Graubünden und den privaten Nutzern der Standplätze mittels Verwaltungsvertrag frei ausgehandelt werden können. Mit dem Abschluss eines Mietvertrages in Form eines Verwaltungsvertrages wären durch die Einigung zwischen dem Kanton Graubünden und dem Beschwerdeführer rechtliche Unklarheiten bezüglich der gegenseitigen Rechte und Pflichten beseitigt worden, zumal im Kanton Graubünden kein Gesetz über den Betrieb von Stand-

#### **E. 17**

/ 30 plätzen für Fahrende besteht. Dass diese Standplätze vom Staat nicht gratis zur Verfügung gestellt werden müssen, sondern dieser eine Benutzungsgebühr verlangen kann, ergibt sich daraus, dass es sich beim Standplatz C. \_\_\_\_\_ um eine Sache im

gesteigerten Gemeingebrauch handelt. Wenn für die Benutzung des Standplatzes eine Benutzungsgebühr verlangt wird, genügt es, wenn diese gestützt auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip als nicht überhöht erscheint. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wäre es also im vorliegenden Fall zulässig gewesen, wenn der Beschwerdegegner mit ihm einen Mietvertrag in Form eines Verwaltungsvertrages abgeschlossen hätte.

#### **E. 18**

/ 30 für fahrende Jenische, Sinti und Roma vom März 2023 schlägt sie für Standplätze vor, das Verhältnis zwischen Platzbetreibern und Bewohnerinnen und Bewohnern durch Mietverträge zu regeln ("analog zu Wohnungsmietverträgen"). Als "Best-practice" wird der Mietvertrag Standplatz Bern-Buech vorgeschlagen, welcher einem privatrechtlichen Mietvertrag nachgebildet ist. Gemäss dessen Ziff. 8 kommen ergänzend die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts zur Anwendung. Allerdings werden im Handbuch keine Ausführungen zur Rechtsnatur dieses "Mietvertrages" gemacht. Auf S. 32 Ziff. 6 des Handbuchs wird zudem darauf hingewiesen, dass in der Stadt St. Gallen für den Standplatz "Schiltacker" eigens eine Stiftung gegründet worden sei, mit welcher sich die Fahrenden in einem "Mieterverhältnis" befinden würden. Beide Fundstellen im Handbuch weisen eher auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis in Form eines Mietvertrages gemäss Obligationenrecht hin.

#### **E. 19**

/ 30 Die Anwendung der obgenannten Abgrenzungstheorien stellt eine Wertungsfrage dar. Die Zuordnung eines Vertrags zum einen oder anderen Rechtsbereich kann im konkreten Einzelfall mit Schwierigkeiten verbunden sein, so dass gegebenenfalls beide Betrachtungsweisen zulässig erscheinen (BGE 134 II 297 E. 2.2). Es ist je nach den konkreten Umständen und je nach dem Regelungsgegenstand und -zweck zu prüfen, welche Theorie den konkreten Gegebenheiten im Einzelfall am besten gerecht wird (Wiederkehr, Verwaltungsrecht, Rz. 23).

#### **E. 20**

/ 30 Interesse des Gemeinwesens, welches für die Vertragsqualifikation nicht ausschlaggebend sein könne (VGer ZH VK.2020.00001 v. 7.8.2020 E. 3.4). Im vorliegenden Fall erfolgt die Abgrenzung gestützt auf die Interessentheorie danach, ob mit dem Mietvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner private oder öffentliche Interessen verfolgt werden. Hier könnte argumentiert werden, dass der Mietvertrag zwischen dem Kanton und den einzelnen Fahrenden nur den Hauptzweck der Zurverfügungstellung von Standplätzen ergänze, dem öffentlichen Interesse also nur mittelbar diene und daher privatrechtlich zu qualifizieren sei. Zudem könnte geltend gemacht werden, der Mietvertrag sei im vorliegenden Fall vor allem im Interesse der Fahrenden, welche den Standplatz nützen, und für den Kanton bestehe nur ein finanzielles Interesse an der Abgeltung der Unterhalts- und Betriebskosten des Standplatzes. Umgekehrt könnte ins Feld geführt werden, dass nicht nur die Erstellung von Standplätzen im öffentlichen Interesse liege, sondern auch deren Betrieb, weil nur mit einem geregelten und funktionierenden Betrieb sowie insbesondere mit einem vom Staat gedeckelten Mietzins gewährleistet werden könne, dass die Fahrenden ihre Lebensweise in ähnlicher Weise wie die Nicht-Fahrenden fortführen könnten und dabei keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften (Gewässerschutz, Raumplanung etc.) verletzt würden. Auch die

Interessentheorie führt daher in casu nicht zu einem eindeutigen Abgrenzungsergebnis (privatrechtlicher Mietvertrag bzw. Verwaltungsvertrag).

## **E. 21**

/ 30 schaftet. So sind beispielsweise die Beziehungen zwischen dem Mieter eines in einem Bahnhof installierten Schliessfaches und den SBB privatrechtlicher Natur (BGE 102 Ib 314 E. 2). Nach der Rechtsprechung dient der Vertrag insbesondere dann bloss hilfsweise der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und ist daher als privatrechtlich zu qualifizieren, wenn es um Verträge der Bedarfsverwaltung geht, beispielsweise die Beschaffung von für die Kehrriichtabfuhr benötigten Fahrzeugen (BGE 134 II 297 E. 2.2 und E. 3.3), der Einbau eines Schulhausbodens, ein Vertrag der Eidgenossenschaft mit einer Beratungsfirma für Kommunikations- und Marketingsaufgaben in einem Aktionsprogramm und ein Vertrag der Stadt Genf mit Konsortialen zum Bau und Betrieb eines öffentlichen Schlachthauses im Baurecht (BGE 128 III 250 E. 2b mit Verweis auf BGer 4C.434/1994 v. 11.7.1995 sowie BGer 4C.498/1996 v. 25.3.1997) sowie das Verhältnis zwischen Tierhalter und dem Tierspital der Universität Zürich, dessen öffentliche Aufgaben sich in der Forschungs- und Lehr-tätigkeit erschöpfen (VGer ZH VB.2019.00617 v. 10.9.2020 E. 5.3.3 m.w.H.). Vertragsverhältnisse, die Infrastruktur- und Versorgungsaufgaben betreffen, werden regelmässig als öffentlich-rechtlich qualifiziert, so beispielsweise ein Vertrag, welcher eine Dienstbarkeit für den Bau eines Tunnels einräumte, da der Bau und Betrieb des betreffenden Strassentunnels unmittelbar die in der Verfassung verankerte Aufgabe des Baus und Unterhalts von Strassen verwirklichte (BGer 4A\_116/2010 v. 28.6.2010 E. 4.4), das Verhältnis zwischen einer Gemeinde als Betreiberin einer Kinderkrippe und den die Krippe besuchenden Kindern bzw. deren Eltern, das Verhältnis zwischen kommunalem Wasserversorgungsbetrieb und Wasserbeziehenden (BGer 2C\_404/2010 v. 20.2.2012 E. 1), das Rechtsverhältnis zwischen einem Gemeindeelektrizitätswerk und Strombezügern (BGE 105 II 234; vgl. demgegenüber BGE 138 I 454 E. 3.6.3, wonach im Netzzugangsmodell, bei welchem die Endverbraucher freie Wahl der Lieferanten haben, die Preise für die Energielieferung zivilrechtlich festgelegt werden) sowie das Verhältnis zwischen beauftragten Team-Supervisoren und einer Klinik, da die Verträge im Zusammenhang mit dem öffentlichen Leistungsauftrag und der Sicherstellung der Behandlung und Pflege von psychisch kranken Menschen stehen (VGer ZH VB.2019.00617 v. 10.9.2020 E. 5.3.3 m.w.H.). Andererseits ist etwa die Vereinbarung des Schweizerischen Treuhänder-Verbandes mit der Schweizerischen Nationalbank über die Sorgfaltspflicht bei der Entgegennahme von Geldern nicht als öffentlich-rechtlich erachtet worden (BGE 109 Ib 146). Im vorliegenden Fall würde man gestützt auf die obgenannte Rechtsprechung beim Mietverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegeg-

## **E. 22**

/ 30 ner eher ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis annehmen, weil der Betrieb eines Standplatzes für Fahrende in C.\_\_\_\_\_ nicht nur die Vermietung einer Parzelle mit Parkplätzen betrifft, sondern der Kanton zusätzlich eine gewisse Infrastruktur (Zapfsäulen für Trinkwasser, Abwasseranschlüsse, Elektrisch mit Münzautomat) zur Verfügung stellt (RG act. IV.1); es handelt sich daher auch um eine Infrastruktur- und Versorgungsaufgabe. Zudem stellt der Standplatz C.\_\_\_\_\_ Verwaltungsvermögen dar. So hat auch die Vorinstanz argumentiert (act. B.1, E. 2.6.1). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Standplätze für Fahrende hat einerseits aufgezeigt, dass das Gemeinwesen Standplätze für Fahrende schaffen muss, diesbezüglich also eine öffentliche

Aufgabe besteht. Andererseits hat das Bundesgericht Standplätze betreffende Rechtsverhältnisse zwischen dem Gemeinwesen und Fahrenden allein nach Privatrecht (Bestimmungen des Obligationenrechts) beurteilt, ohne überhaupt in Erwägung zu ziehen, dass es sich hierbei um eine dem öffentlichen Recht unterstehende Beziehung handeln könnte (s. E. 5). Auch der Kanton Thurgau unterscheidet in seinem "Merkblatt für Gemeinden betreffend Vermietung von Plätzen an grössere und kleinere Gruppen von Fahrenden" hinsichtlich der Rechtsnatur der Verträge nicht zwischen Mietverträgen, welche Private mit Fahrenden abschliessen, und solchen, welche die Gemeinden mit Fahrenden abschliessen (s. E. 7.4). Zudem ist im Handbuch für die Planung, den Bau und Betrieb von Stand-, Durchgangs- und Transitplätzen für fahrende Jenische, Sinti und Roma vom März 2023 nicht explizit festgehalten, dass die Mietverträge in Form verwaltungsrechtlicher Verträge abzuschliessen seien; vielmehr wird ein Vergleich mit dem Abschluss von privatrechtlichen Wohnungsmietverträgen gezogen (s. E. 7.3). Man kann daher nicht generell den Schluss ziehen, bei der Vermietung von Standplatzparzellen an Fahrende handle es sich unmittelbar um eine öffentliche Aufgabe, demzufolge beim Mietvertrag um einen Verwaltungsvertrag. Auch ein privater Standplatz- bzw. Campingplatzvermieter wäre aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften gezwungen, den Mietern eine gewisse Infrastruktur zur Verfügung zu stellen (z.B. hinsichtlich Abfallwesen und Abwasser). Andererseits könnte argumentiert werden, nur mit dem Betrieb eines Standplatzes mit vom Staat gedeckelten Mietzinsen könne der Staat seiner Aufgabe nachkommen, den Fahrenden ihre Lebensweise zu ermöglichen. Einen gedeckelten Mietzins könnte der Staat aber auch mittels eines privatrechtlichen Mietvertrages anbieten.

### **E. 23**

/ 30 Die modale Theorie hilft vorliegend zur Qualifizierung des Mietvertrages als privatrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Vertrag nicht eindeutig weiter, weil eine Kündigung und Ausweisung bzw. Kündigung und Zwangsräumung sowohl gestützt auf Privatrecht als auch gestützt auf öffentliches Recht erfolgen können (vgl. BGE 129 II 312 E. 1.1 und E. 4 = Pra 2004 Nr. 52 betreffend Abbruchbefehl bezüglich eines illegalen Standplatzes eines Fahrenden; BGer 4A\_337/2022 v. 24.10.2023 betreffend Kündigung von privatrechtlichen Mietverhältnissen von Parzellen mit Wiederherstellungspflicht der Mieter beinhaltend die Entfernung von Fahrnisbauten).

### **E. 24**

/ 30 dentlichen Gerichte" in den Vertrag aufgenommen und auch nicht den Gerichtsstand "E. \_\_\_\_\_" (als Sitz des Regionalgerichts Viamala) vereinbart, sondern den verwaltungsrechtlichen Instanzenzug erwähnt. Diese Aspekte sprechen eher für das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrages, nachdem die zur Abgrenzung herangezogenen Theorien (Subordinations-, Interessen-, Funktionstheorie und modale Theorie) keinen eindeutigen Schluss zugelassen haben. 8. Für einen privatrechtlichen Vertrag sprechen darüber hinaus – und insbesondere – folgende Überlegungen: Das Gericht hat bei nicht rechtlich durchsetzbaren Ansprüchen, die sich auf die Verfassung (z.B. Verbot der indirekten Diskriminierung) und/oder auf internationale Übereinkommen stützen, dafür Sorge zu tragen, dass eine verfassungskonforme und in Übereinstimmung mit internationalen Übereinkommen stehende Auslegung von Gesetzesbestimmungen erfolgt (s. E. 6.4). Daher muss man sich in casu, wo es um die Qualifikation eines "Mietvertrages" geht, fragen, ob der Staat seine Pflicht, den Fahrenden ihre Lebensweise zu ermöglichen und für ihre Gleichbehandlung mit Nichtfahrenden zu sorgen, besser mit einem

privatrechtlichen oder mit einem verwaltungsrechtlichen Mietvertrag erfüllen kann, wenn keine ausdrückliche und eindeutige gesetzliche Grundlage besteht. Für das Vorliegen eines privatrechtlichen Mietvertrages spricht, dass in diesem Bereich mehr Lehre und Rechtsprechung existiert als für verwaltungsrechtliche Mietverträge, folglich mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Zudem schliesst die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht aus, dass im Einzelfall bei entsprechender Interessenlage auch auf die Vermietung unüberbauter Parzellen die Schutzbestimmungen des Mietrechts zur Anwendung kommen könnten. Ein Teil der Lehre befürwortet dies ebenso, falls ein entsprechendes Schutzbedürfnis besteht (Dörig, a.a.O., betreffend Standplätzen für Fahrende). Demgegenüber steht jeder verwaltungsrechtliche Vertrag für sich und muss individuell ausgelegt werden. Sogar, wenn der Verwaltungsvertrag die mietrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts für subsidiär oder analog anwendbar erklärt, stellt sich jeweils die Frage, wie weit eine solche Verweisung geht. Denn auch bei einer Verweisung des Verwaltungsrechts auf Normen des Privatrechts können die privatrechtlichen Grundsätze nicht unesehen auf das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis übertragen werden (BGE 138 I 113 E. 6.4.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 250). Dies sorgt für Rechtsunsicherheit. Die Fahrenden sind eine Minderheit in der Schweiz, sollten aber wie die Mehrheit der Nicht-Fahrenden hinsichtlich ihrer Wohnverhältnisse eine gewisse Rechtssicherheit haben, was gilt und was sie erwarten können. Dies spricht für die direkte Anwendbarkeit der privatrechtlichen

## E. 25

/ 30 Bestimmungen des Obligationenrechts und für die Qualifikation als privatrechtliches Vertragsverhältnis. Das Bundesgericht will zwar nur ausnahmsweise zulassen, dass die privatrechtlichen Schutzbestimmungen des Obligationenrechts für Wohn- und Geschäftsräume auf Standplätze anwendbar sind. Der Ausnahmefall, wo das Bundesgericht dies zulassen will, betrifft aber eine Konstellation, die mit der vorliegenden nicht von vornherein unvergleichbar ist. Wie in BGE 98 II 199 E. 4b liegt in casu nämlich ein unbefristeter Mietvertrag vor und der Mieter ist berechtigt, auf seiner Parzelle ganzjährig einen Wohnwagen (mit entsprechender Vorbaute) abzustellen und zu bewohnen. Sogar das Abstellen von anderen Objekten als Wohnwagen ist mit der schriftlichen Zustimmung des Vermieters möglich; aber es dürfen keine weiteren An- oder Nebenbauten errichtet werden (RG act. III.2, Ziff. 2). Der seit dem 1. Mai 2013 gültige Mietvertrag, um den es im vorliegenden Fall geht, ersetzt ferner den Vertrag vom 1. November 2010, welcher mit der Mutter des heutigen Mieters bestand (RG act. III.2, Ziff. 4). Es stellt sich daher die Frage, ob der Mieter in casu damit rechnen durfte, dass der Mietvertrag auf absehbare Zeit nicht gekündigt würde, wenn er sich an die Vorgaben des Vertrages hielt. Wenn das Gericht den vorliegenden Mietvertrag für den Standplatz C.\_\_\_\_\_ als privatrechtlich qualifizieren würde, könnte sich daher der Beschwerdeführer grundsätzlich auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts berufen. Zudem besteht eine Lehrmeinung, welche die Anwendbarkeit der mietrechtlichen Schutzbestimmungen des Obligationenrechts bei gleichem Schutzbedürfnis auch für Standplätze von Fahrenden befürwortet (Dörig, a.a.O.). Bei einer Qualifikation des vorliegenden Mietvertrages als privatrechtlich könnten – sofern die Voraussetzungen von BGE 98 II 199 im Einzelfall erfüllt wären – die Fahrenden als Mieter ähnlich geschützt werden wie die Nicht-Fahrenden als Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen. Gestützt auf die Qualifizierung des Vertrages als privatrechtlich kann in casu – wo keine Rechtsgrundlage besteht, die dem Kanton das Handeln in Form eines verwaltungsrechtlichen bzw. eines privatrechtlichen Vertrages

vorschreibt – eher für Rechtssicherheit und Gleichbehandlung von Fahrenden und Nichtfahrenden gesorgt werden als bei der Qualifikation als verwaltungsrechtlicher Vertrag, wo die Rechtslage sehr unterschiedlich sein kann. Bei der Qualifikation als privatrechtlicher Mietvertrag könnte die Fortentwicklung gestützt auf privatrechtliche Rechtsprechung (insbesondere des Bundesgerichts) für die Fahrenden schweizweit für mehr Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Gleichbehandlung sorgen. Diese Gründe sprechen ebenfalls für die Qualifikation als privatrechtlicher Mietvertrag, weil der Staat seinen Verpflichtungen gegenüber den Fahrenden auf diese Weise besser nachkommen kann als mit einem verwaltungsrechtlichen Vertrag.

#### **E. 26**

/ 30 9. Die erkennende Kammer gelangt daher aus den dargelegten Überlegungen zum Schluss, dass es sachgerechter erscheint, den vorliegenden Mietvertrag als privatrechtliches Rechtsverhältnis zu qualifizieren. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen. 10. Soweit die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den Entscheid oder die prozessleitende Verfügung auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Grundsätzlich wirkt die Beschwerde gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO kassatorisch: Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, 7379). Spruchreif ist die Streitsache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sacheinscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist, was die Beschwerdeinstanz grundsätzlich nach freiem Ermessen beurteilt (Dieter Freiburghaus/Susanne Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 11 zu Art. 327 ZPO).

#### **E. 27**

/ 30 instanzliche Verfahren eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von CHF 6'883.25 zu bezahlen. Eine vollständige Auferlegung der Prozesskosten (Gerichtsgebühr und Parteientschädigung) an eine Partei erfolgt, wenn die andere Partei mit ihren Rechtsbehörden vollständig durchgedrungen ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dieser Grundsatz gilt auch im Rechtsmittelverfahren. Entscheidend ist dabei, ob eine Partei in der "Hauptsache" durchdringt, wobei das Gesamtergebnis relevant ist und nicht der Entscheid über die einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittel. Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen gestützt auf Art. 107 ZPO (Kostenverteilung nach Ermessen) sowie Art. 108 ZPO (Verursacherprinzip für unnötige Kosten) (David Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 106 ZPO; Martin H. Sterchi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Bern 2012, N 2 ff. zu Art. 106 ZPO). Vorliegend hat bislang weder die Erst- noch die Beschwerdeinstanz über die "Hauptsache" entschieden. Entschieden wurde lediglich die Frage der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses und damit über die Zuständigkeit des Zivilgerichts. Über Prozessvoraussetzungen ist in jedem Verfahren von Amtes wegen zu entscheiden und in der Regel ist dies für die Kostenverteilung nur relevant, wenn die Prüfung ohne weitere Beurteilung der Klage zu einem Endentscheid führt (z.B. im Falle eines Nichteintretensentscheides). Andernfalls ist hierfür der nachfolgende Verfahrensausgang massgebend. Wird beispielsweise eine Klage nach vorgängiger Bejahung der

Zuständigkeit aus materiellen Gründen abgewiesen, so hat regelmässig der Kläger die gesamten Prozesskosten zu tragen, unabhängig davon, ob er in der Zuständigkeitsfrage durchgedrungen ist. Dies gilt auch, wenn wie vorliegend die Erstinstanz das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen zunächst auf die Zuständigkeitsfrage beschränkt. Der Kostenentscheid für das erstinstanzliche Verfahren ist daher nach Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz gesamthaft dem Regionalgericht zu überlassen. Dieses wird auch zu entscheiden haben, ob allenfalls Gründe nach Art. 107 ZPO bestehen, um von der Kostenverteilung nach Art. 106 ZPO abzuweichen. Gegen den Entscheid der Vorinstanz steht dann wiederum ein Rechtsmittel zur Verfügung. Die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung durch die Vorinstanz bezüglich der bereits vor dem Regionalgericht aufgelaufenen Kosten rechtfertigt sich im Übrigen auch deshalb, weil die vom Beschwerdeführer bei der Vorinstanz eingereichte Honorarnote die gesamten Aufwendungen des bisherigen Klageverfahrens um-

#### **E. 28**

/ 30 fasst ("In Sachen: Anfechtung Kündigung"; RG act. I.5) und die Aufwandpositionen, die sich ausschliesslich auf die Frage der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses beziehen, nicht substantiiert ausweist. Auch in der Klageschrift (RG act. II.1, Ziffn. 3, 5 und 6) und an der Hauptverhandlung (RG act. I.4, Ziffn. II.2 und II.6) machte der Beschwerdeführer teilweise Ausführungen zum Mietrecht. Die Beurteilung der Kostenverteilung durch die Vorinstanz ist daher auch unter diesem Aspekt sachgerechter.

#### **E. 29**

/ 30 Im vorliegenden Fall hat der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers keine Kostennote für das Beschwerdeverfahren eingereicht. Gemäss Honorarvereinbarung verrechnet er aber in vorliegender Angelegenheit CHF 270.00 pro Stunde (act. G.1). Die Beschwerdeinstanz setzt daher die Entschädigung des Rechtsanwaltes des Beschwerdeführers, die der Beschwerdegegner zu tragen hat, für das Beschwerdeverfahren gestützt auf einen Stundenansatz von CHF 270.00 auf CHF 3'000.00 (inkl. Barauslagen und MWSt.) fest.

#### **E. 30**

/ 30

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