

3. Obligationenrecht

Art. 257d OR. – Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos (Erw. 3a und b). Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist (Erw. 3c). Rechtsmissbrauch in casu bejaht (Erw. 3d).

Aus den Erwägungen:

3. a) Lachat/Stoll/Brunner (Mietrecht für die Praxis, 6. A., Zürich 2005, S. 204 RZ 5.8) postulieren unter Verweis auf BGE 121 III 156 Unwirksamkeit einer vor Ablauf der Zahlungsfrist ausgesprochenen Kündigung. Sie wird nach dieser Auffassung auch nicht gültig, wenn die Zahlungsfrist effektiv ungenutzt abläuft. Auch Weber (Basler Kommentar OR I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 6 zu Art. 257d) vertritt offenbar diese Meinung. Rajower (Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Praxis, in: AJP 1998, S. 811) erachtet eine vorzeitige Kündigung nur dann noch als gültig, wenn sie am 30. Tag der Zahlungsfrist ausgesprochen wird, aber erst nach Ablauf der Zahlungsfrist bei der Mieterschaft eintrifft. Der SVIT-Kommentar äussert sich zu dieser Problematik nicht. Auch nach Higi (Zürcher Kommentar, Zürich 1994, N 47 zu Art. 257d) erweist sich die verfrühte Kündigung als wirkungslose Kündigung eines Nichtberechtigten. Er kritisiert damit namentlich die – mittlerweile aufgegebene – Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 119 II 154, wonach eine während laufender Zahlungsfrist ausgesprochene Kündigung nicht nichtig sei, sondern – nicht zuletzt wegen der Unwägbarkeiten hinsichtlich des genauen Zugangs der Fristansetzung – gültig und lediglich gemäss Art. 273 Abs. 1 OR anfechtbar. Um den Unwägbarkeiten des Fristbeginns angemessen Rechnung zu tragen, konzidiert dieser Autor immerhin, einer lediglich um zwei bis drei Tage verfrühten Kündigung – analog zur Lehre zur Teilnichtigkeit – noch Wirkung zuzusprechen, sofern auch im Zeitpunkt des ordnungsgemässen Fristablaufes die Leistung nicht erfolgt ist (Higi, a.a.O., N 47 in fine zu Art. 257d). Guhl/Koller (Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, S. 437, Rz 145) halten es demgegenüber sogar für zulässig, nicht in einem zweistufigen Verfahren vorzugehen und dem säumigen Mieter gleich mit der Zahlungsaufforderung die Kündigung auszusprechen für den Fall, dass die Zahlung ausbleibt. Diese Lehrmeinung, die sich auf Art. 107 OR beruft, ist in Anbetracht des klaren Wortlautes von Art. 257d OR indes abzulehnen.

b) Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheidet zwischen nichtigen und unwirksamen Kündigungen einerseits sowie gültigen, allenfalls aber missbräuchlichen andererseits. Die missbräuchliche Kündigung ist innerhalb der Frist von Art. 273 OR anzufechten, andernfalls der

Einwand verwirkt ist. Demgegenüber ist eine Kündigung unwirksam, wenn ihre materiellen Voraussetzungen fehlen. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Kündigung wegen einer Sorgfaltspflichtverletzung ausgesprochen wird, die tatsächlich nicht vorliegt. Eine unwirksame oder wirkungslose Kündigung kann ebenfalls nach Artikel 273 OR angefochten werden. Der unbenutzte Fristablauf führt indes nicht zur Wirksamkeit der Kündigung, d.h. der Einwand ist auch noch im Ausweisungsverfahren zu hören (BGE 122 III 92 E. 2d S. 95; BGE 121 III 156 E. 1c S. 160; vgl. Guhl/Koller, a.a.O., S. 438 Rz 147). Nach der zugerischen Verfahrensordnung wird das Ausweisungsverfahren zwar ins summarische Verfahren verwiesen (§ 135 Abs. 2 Ziff. 35^{ter} ZPO und § 21 des Einführungsgesetzes über die Behörden und das Verfahren in Mietsachen [BGS 216.3]). Indes handelt es sich hier um ein uneigentliches summarisches Verfahren, d.h. es muss ein unbeschränkt materiell rechtskräftiger Entscheid ergehen, dem eine Anspruchsprüfung mit voller Kognition und unbeschränkter Beweiszulässigkeit vorangeht (vgl. Ernst A. Brandenberg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 46 ff., 53, 110 ff). Das ergibt sich insbesondere aus § 128 Abs. 3 ZPO, wonach Verfügungen auf Grund des Zivilrechts, mithin solche gemäss § 135 ZPO auch dann nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden dürfen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse nicht genügend klargestellt werden können. Nachdem das Bundesgericht in BGE 119 II 147, wie erwähnt, noch die Auffassung vertreten hatte, eine während laufender Zahlungsfrist ausgesprochene Kündigung sei nicht nichtig, sondern gültig und lediglich gemäss Art. 273 Abs. 1 OR anfechtbar, änderte es diese Rechtsprechung in BGE 121 III 156 (= Pra 1995 Nr. 272). Danach gibt es neben den absolut nichtigen oder so bezeichneten Kündigungen jene, welche – ohne anfechtbar zu sein – unwirksam oder wirkungslos sind, da sie den gesetzlichen oder vertraglichen Anforderungen, denen ihre Ausübung unterliegt, nicht entsprechen. Unter diese Kategorie fällt auch die verfrüht ausgesprochene Kündigung bei Mietzinsrückstand. Nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist derjenige, der eine unwirksame und wirkungslose Kündigung erhält, nicht verpflichtet, innert 30 Tagen an die Schlichtungsstelle zu gelangen, und der unbenutzte Fristablauf führt nicht zur Wirksamkeit der Kündigung. Vorbehalten bleibt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Rechtsmissbrauch, der dann vorliegt, wenn jemand auf eine Kündigung hin schweigt, die er für unwirksam und wirkungslos hält, und durch sein Schweigen oder seine Untätigkeit seinen Vertragspartner zu der Annahme veranlasst, er gehe von der Gültigkeit der Kündigung aus. Auch nach der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird eine verfrühte ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstandes als wirkungslos qualifiziert (so etwa Genf: mp 2000 S. 134; Aargau: ZBJV 2004 S. 782 f. und mp 2005 S. 26 f.; Waadt: SJZ 86 [1990] S. 182).

c) Schliesst man sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre an, und das tut die Justizkommission, bedeutet

das, dass die verfrühte Kündigung einerseits ungültig und wirkungslos ist und andererseits noch im Ausweisungsverfahren geltend gemacht werden kann und die Beschwerdeführerin mithin ihrer Rechte gegenüber den Beschwerdegegnern nicht verlustig gegangen ist, weil sie nicht innert 30 Tagen an die Schlichtungsstelle gelangt war, um die ausserordentliche Kündigung anzufechten (BGE 121 III 156 = Pra 1995 Nr. 273). Im vorliegenden Fall erscheint es auch nicht gerechtfertigt, die von Higi wegen der Unwägbarkeiten des Fristbeginns vorgeschlagene Ausnahme von der Unwirksamkeit in Betracht zu ziehen, erfolgte die Kündigung doch immerhin vier Tage vor dem Ablauf der Zahlungsfrist und musste den Beschwerdegegnern klar sein, dass die Zahlungsfrist frühestens am 30. Oktober 2005 ablaufen würde, nachdem das betreffende Schreiben erst am 29. September 2005 der Post zur Zustellung an die Beschwerdeführerin übergeben worden war. Es stellt sich damit einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung in casu rechtsmissbräuchlich ist.

d) Das Bundesgericht hat in dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid 4C.88/2003 (zit. in: mp 1/2005, S. 28 ff.) in einem Fall einen Rechtsmissbrauch bejaht, in welchem dem Mieter eine zu kurze Zahlungsfrist eingeräumt wurde, die Kündigung wegen Zahlungsverzugs aber erst nach Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist von 30 Tagen ausgesprochen wurde. Das Bundesgericht hielt dafür, dass weder der Mieter noch seine Ehefrau die Mietzinse innert einer Frist von 30 Tagen bezahlt hätten, wenn ihnen diese Frist eingeräumt worden wäre. Während zweier Jahre sei kein einziger Mietzins bezahlt worden. Es habe mithin gar nie die Absicht bestanden, die rückständigen Mietzinsen zu bezahlen, so wenig wie im Übrigen auch die darauf folgenden. Damit erweise sich aber der Einwand als trölerisch. Der vorliegende Fall weist zwar nicht genau diese Konstellation auf. Aus den Akten geht aber hervor, dass die Beschwerdeführerin seit August 2005 keinen einzigen Mietzins bezahlt hat. Gegenüber den Beschwerdegegnern erklärte sie mit Schreiben vom 16. September 2005, dass sie mit der Gemeinde X. im Gespräch sei, um eine «Überbrückungsmöglichkeit» zu finden, bis ihr Geld von der Unfallversicherung ausbezahlt werde; sie habe jedoch keine Einigung erzielen können. Den Akten ist indes zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin seit Juni 2005 vom Sozialdienst der Gemeinde X. finanziell unterstützt wird. Dies zeigt einerseits, dass der Beschwerdeführerin die finanziellen Mittel fehlen, um für ihre eigenen Lebenshaltungskosten aufzukommen. Andererseits ist daraus aber auch ersichtlich, dass der monatliche Mietzins von CHF 2'800.- ihre finanziellen Möglichkeiten offensichtlich übersteigt. Unter diesen Umständen ist aber anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin, auch wenn die Kündigung drei oder vier Tage später ausgesprochen worden wäre, nicht die notwendigen Mittel zur Bezahlung der Mietzinsausstände hätte beschaffen können. Insofern erweist sich ihr Einwand als rechtsmissbräuchlich.

Justizkommission, 20. Januar 2006