

94/95 7 Art. 257d OR. Ausweisung aus Mietobjekt. Rechtsanwendung von Amtes wegen. Unwirksamkeit der verfrühten Kündigung. Berufung auf Unwirksamkeit setzt nicht Anfechtung innert Frist voraus.

Obergericht, 4. Oktober 1995, OG-Z-39/95

Aus den Erwägungen:

2. Es ist unbestritten, dass die Parteien einen Mietvertrag mit Mietbeginn am 1. Mai 1994 im Sinne von Art. 253 ff. OR abgeschlossen haben. Ist der Mieter nach der Uebernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter gemäss Art. 257d Abs. 1 OR schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens 10 Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter nach Art. 257d Abs. 2 OR fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen.

Es ist weiter unbestritten, dass der Rekursgegner den Mietzins für die Monate April und Mai 1995 nicht rechtzeitig entrichtete. Berechtigterweise setzte daher der Rekurrent dem Rekursgegner am 6. Juni 1995 eine letzte Zahlungsfrist von 30 Tagen, den Zins für diese Monate zu begleichen und drohte ihm an, dass er ihm gemäss Art. 257d Abs. 2 OR das Atelier an der auf 30 Tage kündigen werde, falls er den Zins bis zum 6. Juli 1995 nicht bezahlt haben sollte. Am 30. Juni 1995, mithin vor Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist, kündigte der Rekurrent mittels amtlichem Formular gemäss Art. 266I OR den Mietvertrag per sofort. Diese Kündigung wurde vom Rekursgegner in der Folge - was unbestritten blieb - nicht angefochten. Am 4. August 1995 reichte der Rekurrent bei der Vorinstanz ein Mietausweisungsgesuch ein, welches von dieser mit Entscheid vom 28. August 1995 abgewiesen wurde.

In Ziff. II. 3 der Rekurschrift vom 8. September 1995 macht der Rekurrent im wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe nicht nur das Ausweisungsbegehren abgelehnt, sondern auch gleich noch erwogen, die Kündigung sei "nicht gültig", obwohl der Rekursgegner die Kündigung erwiesenermassen nicht angefochten habe. Solches habe nun nicht einmal die Gegenpartei behauptet. Die Vorinstanz verkenne somit, dass sie nicht über die Rechtsgültigkeit der Kündigung zu entscheiden gehabt habe, sondern über ein Ausweisungsbegehren nach erfolgter rechtsgültiger Kündigung. Hätte der Rekursgegner die Kündigung an und für sich anfechten wollen, hätte er dies innert 30 Tagen nach deren Erhalt tun können und zwar bei der Kantonalen Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse. Die Vorinstanz sei überhaupt nicht zuständig für die von ihr beurteilte Rechtsfrage. Mit dieser Argumentation übersieht der Rekurrent vorab, dass der Richter das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 93 ZPO). Es spielt daher keine Rolle, ob sich eine Partei zur Begründung der Klage oder zu ihrer Abwehr auf die zutreffenden Rechtssätze berufen hat oder nicht. Nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs sind die Parteien berechtigt, dem Gericht ihre Rechtsauffassung darzulegen (vgl. Art. 84 Bst. g ZPO). Eine Partei erleidet aber keinen Nachteil, wenn sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht oder wenn sie ihren Antrag zur Klage auf eine unzutreffende Gesetzesbestimmung stützt, sofern er nur im Ergebnis als begründet erscheint. Ob dies zutrifft, hat das Gericht von Amtes wegen zu entscheiden (iura novit curia)(Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, S. 156). Es ist daher im folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen ist, es liege eine gültige Kündigung nicht vor.

3. Wie bereits in E. 2 ausgeführt, hat der Rekurrent wohl zu Recht gestützt auf Art. 257d Abs. 1 OR dem Mieter angedroht, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist zur Zahlung fälliger Mietzinse das Mietverhältnis gekündigt werde. Nun hat er aber die 30-tägige Frist nicht abgewartet, sondern bereits vor Ablauf derselben die fristlose Kündigung bzw. die Kündigung auf Ende Juli 1995 ausgesprochen. Es stellt sich daher vorab die Frage, welche rechtliche Folge diese verfrühte Kündigung nach sich zieht. Wohl hat das Bundesgericht im Entscheid 119 II 155 festgehalten, eine im erwähnten Sinne verfrühte Kündigung müsse gemäss Art. 273 Abs. 1 OR innerhalb von 30 Tagen angefochten werden, sonst sei sie als wirksam zu betrachten. Daraus ergebe sich zum einen, dass in Bezug auf die Festlegung des Beginns der Kündigungsfrist für eine analoge Anwendung von Art. 266a Abs. 2 OR kein Raum bleibe. Zum andern könne sich der Mieter, falls er die Kündigung nicht fristgemäss angefochten habe, im Rahmen des Ausweisungsverfahrens nicht mehr darauf berufen, die Kündigung sei gesetzeswidrig erfolgt, weil sie vor Ablauf der Zahlungsfrist ausgesprochen worden sei. Dagegen dränge es sich wohl auf, andere gegen die Kündigung gerichtete

Einwände oder Einreden noch im Ausweisungsverfahren zuzulassen, wenn sie wegen der verfrüht abgegebenen Kündigungserklärung vom Mieter nicht vorher geltend gemacht hätten werden können. Dieser Entscheid ist indessen vor allem in der Literatur auf Kritik gestossen. So erachtet Peter Higi (Zürcher Kommentar, N 47 zu Art. 257d OR) die Auffassung des Bundesgerichtes, eine verfrühte, vor dem tatsächlichen Ablauf der Zahlungsfristansetzung ausgesprochene Kündigung sei nicht wirkungslos (nichtig), sondern gültig und lediglich anfechtbar, aus mehreren Gründen für unzutreffend, da sie auf falschen Prämissen beruhe. Nicht gültig, sondern nach richtiger Auffassung wirkungslos ist jede ausserordentliche Kündigung, wenn ihr das Prozedere gemäss Abs. 1 nicht oder nur unvollständig vorausgegangen ist. Denn das Prozedere gemäss Abs. 1 sichert die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzung der Berechtigung des Vermieters, überhaupt eine ausserordentliche Kündigung aussprechen zu dürfen (Voraussetzungen sind: Zahlungsrückstand, Fristansetzung verbunden mit der Kündigungsandrohung, Ausbleiben der Leistung innert der Nachfrist). Kündigungen, die ergehen, ohne dass die dafür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen geschaffen sind, müssen daher als Kündigung eines Nichtberechtigten betrachtet werden (Peter Higi, a.a.O., N 57 zu Art. 257d OR). Das Bundesgericht hat unter anderem die eben erwähnte Kritik in einem neuen Entscheid zum Anlass genommen, die in BGE 119 II 147 E. 4 begründete Rechtsprechung zu ändern. Das Bundesgericht kam im Entscheid 121 III 156 zum Schluss, nur gültige Kündigungen würden den besonderen Bestimmungen über den Kündigungsschutz (Art. 271 ff. OR) unterstehen. Unwirksame Kündigungen, wie zum Beispiel nichtige Kündigungen, müssen deshalb nicht innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 273 Abs. 1 OR angefochten werden. In Erwägung 1 c) aa) hat das Bundesgericht festgehalten: "Il est donc inexact d'affirmer que tous les congés que la loi ne frappe pas de nullité sont annulables et doivent, en conséquence, être attaqués dans le délai de 30 jours de l'art. 273 al. 1 CO. A côté des congés radicalement nuls ou désignés comme tels, il en existe d'autres qui, sans être annulables, sont inefficaces et dénués d'effet (unwirksam, wirkungslos) parce qu'ils ne satisfont pas aux exigences légales ou contractuelles auxquelles est subordonné leur exercice. A titre d'exemples de cette catégorie de congés, on peut citer le congé motivé par le défaut de paiement du loyer alors qu'en réalité le loyer a été payé, le congé donné pour de justes motifs qui ne sont pas réalisés, le congé signifié pour une date ne correspondant pas au terme contractuel ou légal (cf. l'art 266a al 2 CO), le congé donné en raison d'une violation des devoirs de diligence qui se révélera inexistante, etc. Dans de tels cas, celui qui reçoit un congé inefficace et sans effet, ou qui est mis en face d'une résiliation abrupte injustifiée, n'est nullement tenu d'agir dans les 30 jours devant l'autorité de conciliation, et son inaction dans ce délai ne saurait rendre le congé efficace." Aufgrund dieser Ausführungen steht für das Obergericht fest, dass die vorliegend verfrühte Kündigung wohl nicht nichtig, aber unwirksam ist. Sie muss deshalb nicht innerhalb der 30-tägigen Frist von Art. 273 Abs. 1 OR angefochten werden, damit sich der Rekursgegner auf die Unwirksamkeit berufen könnte. Steht damit fest, dass im vorliegenden Fall eine wirkungslose Kündigung vorliegt, hat die Vorinstanz zu Recht das Mietausweisungs-gesuch des Rekurrenten abgewiesen, was auch zur Abweisung des vorliegenden Rekurses führt.