

Lösungsskizze zur Falllösung im Privatrecht

„Never Surrender! – Sinnvoll oder nicht?“

Allgemeine Hinweise zur Falllösung und zur Lösungsskizze

- *Wichtig ist, dass die Studierenden mit den massgebenden Gesetzestexten und insbesondere auch mit der relevanten Rechtsprechung arbeiten. Die Berücksichtigung der einschlägigen Literatur (auch der französischsprachigen) ist zwar ebenfalls von Bedeutung, tritt aber hinter die Verarbeitung der Rechtsprechung zurück.*
- *Bei dieser Lösungsskizze handelt es sich nicht um eine Musterlösung, sondern es wird stichwortartig auf die zentralen Punkte der Falllösung eingegangen. In der Falllösung ist eine weitergehende Ausformulierung des Textes und eine feinere Untergliederung sowie die Einhaltung der üblichen Formalien (Literaturverzeichnis; Zitierweise in den Fussnoten etc.) erforderlich.*

Frage 1

- Es gilt zu unterscheiden zwischen Kündigungen, die gegen Treu und Glauben verstossen (missbräuchliche Kündigungen), und solchen, bei denen vertragliche oder gesetzliche Kündigungsvoraussetzungen nicht gegeben sind (nichtige bzw. unwirksame Kündigungen).
- Die Frist zur Anfechtung (i.S.v. Art. 271 und Art. 273 Abs. 1 OR) ist verpasst, da sie am 30. Mai 2018 abgelaufen ist. Für den Beginn des Fristenlaufs gilt gemäss Bundesgericht die absolute Zugangstheorie (grundlegend dazu BGE 140 III 244; bestätigt in BGE 143 III 15; für das Erstreckungsverfahren bereits in methodologisch problematischer Weise vorgespurt in einem obiter dictum in BGer 4A_471/2013 vom 11. November 2013, E. 2 [dazu THOMAS KOLLER, Jusletter vom 3. Februar 2014]). Der Zugang erfolgte somit am 30. April 2018 (während der Zugang gemäss der hier nicht anwendbaren relativen Zugangstheorie erst am

4. Mai 2018 erfolgt und mit dem Schlichtungsgesuch vom 4. Juni 2018 die Frist gewahrt wäre).
- Nach früherer Bundesgerichtspraxis und h.L. müsste der fehlende dringende Eigenbedarf nicht mit fristgebundener Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Möglich wäre es, diesen Umstand einwendungsweise oder mit (nicht fristgebundener) negativer Feststellungsklage (erstes Rechtsbegehren des Junganwalts; Feststellung der Unwirksamkeit) vorzubringen (BGE 135 III 441; BGE 121 III 156).
 - Das Bundesgericht sagt nun aber neuerdings in einem obiter dictum etwas anderes: Eine Kündigung, welche die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR nicht erfüllt, ist anfechtbar i.S.v. Art. 271 f. OR (BGE 142 III 336 E. 5.2.4 S. 343). Ob das Bundesgericht tatsächlich eine Praxisänderung beabsichtigt hat, ist äusserst fraglich (vgl. THOMAS KOLLER, Jusletter vom 14. August 2017, Rz. 11 ff.). Damit besteht im vorliegenden Fall Unklarheit, ob die Frist i.S.v. Art. 273 Abs. 1 OR massgebend ist oder nicht.

Frage 2

- Die Klagebewilligung ist bei der Wohn- und Geschäftsraummiete 30 Tage gültig (Art. 209 Abs. 4 ZPO). Die Frist für die Klageeinreichung steht während der „Gerichtsferien“ still (BGE 138 III 615). In casu beginnt sie am 16. August 2018 zu laufen (Art. 145 Abs. 1 lit. b und Art. 146 Abs. 1 ZPO), da die Klagebewilligung während der Gerichtsferien ausgestellt wurde. Der 16. August 2018 zählt als Tag mit, d.h. es wird nicht eine Zustellung am 16. August 2018 fingiert und ein Fristenlauf erst ab 17. August 2018 angenommen. Die Frist endet somit am 14. September 2018 (vgl. zur gleich lautenden Regelung im BGG etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2007 vom 21. September 2007; einlässlich zu dieser Fristenfrage THOMAS KOLLER, Jusletter vom 28. Januar 2008).
- Im vorliegenden Fall steht eine Kündigungsstreitigkeit zur Debatte. Ob der fehlende dringende Eigenbedarf mit negativer Feststellungsklage oder mit fristgebundener Anfechtungsklage geltend gemacht werden muss (vgl. hierzu die obigen Ausführungen bei Frage 1 zur Nichtigkeit/Unwirksamkeit/Anfechtbarkeit), ist unerheblich. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich immer um „Kündigungsschutz“ i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO, wenn die Beendigung eines Mietverhältnisses umstritten ist. Es spielt keine Rolle, ob die Mieterin den Richter wegen Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder Aufhebung im Haupt- und/oder Eventualbegehren respektive wegen einer Erstreckung des Mietverhältnisses anruft oder ob die Vermieterin klage- oder widerklageweise die Ausweisung oder die Feststellung der Beendi-

gung des Mietverhältnisses verlangt (vgl. zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Thematik BGer 4A_451/2011 vom 29. November 2011, BGer 4A_87/2012 vom 10. April 2012, BGE 139 III 457, BGE 142 III 402, BGE 142 III 515, BGE 142 III 690 sowie BGer 4A_300/2016 vom 5. Oktober 2016; siehe auch die einlässliche Darlegung der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz bei THOMAS KOLLER/MANFRED STRIK, ZBJV 2018, 208 ff., 254 ff.). Daher kommt hier das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO streitwertunabhängig zur Anwendung.

- Im vereinfachten Verfahren kann die Klage mündlich eingereicht werden; eine Begründung ist nicht erforderlich (Art. 244 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Anwaltsvollmacht, die Klagebewilligung und die erforderlichen Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, wurden eingereicht (Art. 244 Abs. 3 ZPO).
- Mit mündlicher Klageeinreichung am 14. September 2018 ist die Frist gewahrt (und zwar am letzten Tag!). Das Vorgehen des Junganwalts war somit zulässig, wenn auch für einen Anwalt eher unelegant (um es vorsichtig auszudrücken).

Frage 3

- Es muss abgeklärt werden, ob die Erwerberin zum Zeitpunkt der Kündigung im Grundbucheintrag eingetragen war. Massgebend ist dabei gemäss (nicht unumstrittener) bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Tagebucheintrag und nicht der Hauptbucheintrag (vgl. etwa BGE 128 III 82 und BGE 118 II 119). Sollte die Z AG zum Kündigungszeitpunkt nicht im Tagebuch eingetragen gewesen sein, so war sie zur Kündigung (noch) nicht berechtigt.
 - *Hinweis: Wenn wie hier zwischen der Beurkundung des Grundstückkaufvertrages und der Kündigung nur einige Tage liegen, ist es sehr gut möglich, dass der Notar die Anmeldung des Kaufvertrages beim Grundbuchamt im Kündigungszeitpunkt noch nicht vorgenommen hat, der Tagebucheintrag also noch fehlte.*
- Eine allfällige nachträgliche Eintragung heilt den Mangel nicht (BGE 108 II 190), d.h. die Kündigung müsste erneut ausgesprochen werden. Das würde aber nur gehen, wenn in der Zwischenzeit nicht schon die erste Kündigungsmöglichkeit verpasst wurde. Vertritt man den Standpunkt, der Tagebucheintrag sei schon beim Absenden der Kündigung erforderlich (vgl. dazu sogleich), dann wäre die erste Kündigungsmöglichkeit verpasst, wenn der Tagebucheintrag am 27. oder 30. April 2018 vorgenommen wurde. Denn diesfalls hätte die „zweite“

Kündigung noch im April ausgesprochen werden und zugehen (sic!) müssen (vgl. dazu sehr illustrativ BGE 108 II 190). Vertritt man dagegen die Auffassung, es genüge, wenn der Tagebucheintrag spätestens beim Zugang der Kündigung erfolgt sein müsse, so wäre bei einer Eintragung am 27. oder 30 April 2018 eine erneute Kündigung gar nicht erforderlich, da ja im relevanten Zeitpunkt alle (formellen) Kündigungsvoraussetzungen erfüllt wären .

- *Offene Frage (die Ausführungen dieses und des nächsten Lemmas werden von den Studierenden nicht erwartet): Ist bezüglich des Tagebucheintrages bei der Kündigung der Absendezeitpunkt (26. April 2018) oder der Zustellungszeitpunkt (30. April 2018) massgebend? Soweit ersichtlich ist diese Frage höchstrichterlich nicht geklärt; auch in der Lehre wird sie nicht thematisiert. BGE 108 II 190 E. 3 S. 193 scheint immerhin darauf hinzudeuten, dass der Zugangszeitpunkt massgebend ist («Aus diesen Gründen müssen sämtliche Gültigkeitsvoraussetzungen einer derartigen Erklärung im Zeitpunkt ihres Zuganges gegeben sein ...»); aber ausdrücklich zu dieser Streitfrage äussern musste sich das Bundesgericht in diesem Urteil nicht. Ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung massgebend, so müsste wohl eine Eintragung im Tagebuch am 30. April 2018 genügen, selbst wenn dieser von der Uhrzeit her nach dem Kündigungszugang erfolgte (fraglich!). Hinweis: Beim Tagebucheintrag ist die genaue Uhrzeit der Anmeldung anzugeben (Art. 81 Abs. 2 lit. b GBV).*
- *Hinweis für die Praxis: Wurde die Z AG erst im Mai (oder gar noch später) als neue Eigentümerin im Tagebuch eingetragen, so kann sie die Kündigung faktisch „nochmals“ (effektiv aber erstmals formell wirksam) aussprechen. Denn der erste ordentliche Kündigungstermin ist dann Ende April 2019. Dazu müsste die „neue“ Kündigung der X AG allerdings vor Ende Oktober 2018 zugehen. Gegebenenfalls sollte man daher vermeiden, die Z AG zu früh darauf aufmerksam zu machen, dass sie die strittige Kündigung voreilig ausgesprochen hat. Das setzt voraus, dass die schriftliche Begründung der Klage erst am Ende der vom Richter gesetzten Frist, also erst Ende Oktober 2018, eingereicht wird, so dass der Z AG nicht mehr genug Zeit bleibt, um den Fehler zu korrigieren.*

Frage 4

- Die Klausel im Kaufvertrag muss ausgelegt werden (in BGE 142 III 336 nicht publizierte E. 4.1 und 4.2). Es könnte sich um einen Verzicht gegenüber der Verkäuferin mit Wirkung zugunsten der Mieterin handeln (Vertrag zugunsten Dritter). Der letzte Satz deutet eher darauf hin, dass die Kündigung nicht ausgeschlossen sein soll. Fraglich ist bei diesem Satz allerdings, wem die Erwerberin Schadenersatz schuldet. Direkt der Mieterin? Oder der Verkäuferin, welche die Mieterin schadlos halten muss (Art. 261 Abs. 3 OR)?
- Erwartet wird hier eine einlässliche Diskussion der Auslegungsfrage.

Frage 5

- Handelt es sich bei der Erwerberin von Geschäftsräumlichkeiten um eine juristische Person, muss sich der (behauptete) Eigenbedarf auf die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks beziehen (BGE 142 III 336 E. 5.2.2.2 S. 340 f.).
- Als Franchisingnehmerin führt die Z AG das geplante Hotel entgegen der Auffassung des Junganwalts selber (dazu BGE 142 III 336 E. 5.4.1. S. 345 f.). Es stellt sich die Frage, ob auch die beabsichtigte Vermietung der siebzehn Wohnungen vom Eigenbedarf gedeckt ist. Laut Bundesgericht ist der Eigenbedarf auch zu bejahen, wenn er sich nur auf einen Teil des Gebäudes (in diesem Fall das geplante Hotel) bezieht (BGE 142 III 336 E. 5.2.2.2 S. 241).
- Es ist auch ein Abriss des Gebäudes zulässig. Erfordert der Eigengebrauch einen Abriss des Gebäudes mit anschliessendem Neubau, so hängt die Dringlichkeit vom Entwicklungsstand des Renovations- bzw. Neubauprojekts ab. Allerdings ist – entgegen der Ansicht des Junganwalts – nicht erforderlich, dass die dafür benötigte Baubewilligung vorliegt. Es genügt, dass das Umbauvorhaben bewilligungsfähig ist (BGE 142 III 336 E. 5.2.3 S. 341 f.). Fraglich ist, wer die Beweislast trägt: Muss die Vermieterin die Bewilligungsfähigkeit beweisen oder die Mieterin die fehlende Bewilligungsfähigkeit? Wem das Bundesgericht die Beweislast zuweisen will, ist unklar. BGE 142 III 336 E. 5.4.2 S. 347 («... il n'est ni objecté, ni établi que le projet ne serait pas susceptible d'autorisation») deutet eher daraufhin, dass die Mieterin beweissbelastet sein soll. BGE 142 III 336 E. 5.2.4 S. 343 dagegen spricht eher für die Beweislast des Vermieters («Le nouveau propriétaire supporte le fardeau de la preuve de son besoin propre et urgent»).
- In casu wäre abzuklären, ob das Gesuch der Z AG bewilligungsfähig ist oder nicht. Sollte dies nicht der Fall sein, so würde dies gegen die behauptete Dringlichkeit des Eigenbedarfs sprechen.
- Zusätzlich ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Erwerberin in casu ordentlich erst auf Ende Februar 2024 kündigen könnte, mit dem Neubauvorhaben also sehr lange warten müsste, wenn ihr die ausserordentliche Kündigung versagt würde (dazu BGE 142 III 336 E. 5.4.2 S. 346 f.). Ebenso muss berücksichtigt werden, dass das Gesuch um Abriss und Neubau bereits vor der Kündigung eingereicht wurde (BGE 142 III 336 E. 5.4.2 S. 347).
- Insgesamt verfügen die Gerichte über einen grossen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Dringlichkeit des Eigenbedarfs. Im Wesentlichen geht es darum zu entscheiden, ob der Erwerberin zugemutet werden kann, mit der Realisierung des Neubauvorhabens zuzu-

warten oder nicht (einlässlich dazu BGE 142 III 336 E. 5.2.3 S. 341 f.). Auch hier wird eine einlässliche Diskussion der Abwägungsfrage erwartet, insbesondere auch zu allenfalls noch abzuklärenden Punkten (wie die Bewilligungsfähigkeit des Baugesuchs etc.).

Thomas Koller/Manfred Strik/23.10.2018