



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_245/2017](#) vom 21. September 2017  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Miet- und Pachtrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Zahlungsverzugskündigung und Rechtsmissbrauch

### Autor / Autorin

Marianne Schaub-Hristic

**SCHAUB | HOCHL**  
RECHTSANWÄLTE

### Redaktor / Redaktorin

François Bohnet

**cemaj** univ

*Ein nachträglich eingetretener Zahlungsverzug vermag eine Kündigung gestützt auf Art. 257d OR nicht zu heilen. Eine Berufung auf Rechtsmissbrauch wird nur unter gewissen Voraussetzungen geschützt.*

### Zusammenfassung

[1] Im vorliegenden Entscheid hatte sich das Bundesgericht zunächst mit den Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d Abs. 1 des Obligationenrechts ([OR](#)) und deren allfälliger «Heilung» auseinanderzusetzen. Weiter hatte das Bundesgericht die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung auf die Unwirksamkeit einer Kündigung durch Mieter, die den Mietzins nicht mehr bezahlen, zu beurteilen.

[2] Folgender Sachverhalt lag dem Entscheid zugrunde: Mieter A. und B. mieteten von der Vermieterin C. AG eine 5.5-Zimmerwohnung, welche die Vermieterin erstmals am 11. Mai 2015 per 30. Juni 2015 und ein zweites Mal am 17. Dezember 2015 per 31. Januar 2016 wegen Zahlungsrückstand (Art. 257d Abs. 1 OR) kündigte. Die Mieter gelangten gegen beide Kündigungen an die Schlichtungsbehörde, welche im Zusammenhang mit der ersten Kündigung der Vermieterin und im Zusammenhang mit der zweiten Kündigung den Mietern die Klagebewilligung ausstellte. Die Vermieterin beantragte daraufhin die klageweise Feststellung, dass das Mietverhältnis per 30. Juni 2015, eventualiter per 31. August 2015 und subeventualiter per 31. Januar 2016 beendet worden sei. Die Mieter beantragten in ihrer Klage die Feststellung, dass die Kündigung vom 17. Dezember 2015 nichtig, eventualiter anfechtbar und aufzuheben sei. Subeventualiter sei das Mietverhältnis längstmöglich zu erstrecken. Die Erstinstanz vereinigte die Verfahren und wies die Klage der Mieter ab während es diejenige der Vermieterin guthiess und den Mietern eine Frist bis 31. August 2016 zum Auszug ansetzte. Die zweite Instanz wies eine Berufung der Mieter ab, verlängerte jedoch die Frist bis 10. Juli 2017. Das Bundesgericht hingegen hiess die Beschwerde der Mieter gut.

[3] Unbestritten war die Nichtigkeit der Kündigung vom 11. Mai 2015, da weder die Fristansetzung nach Art. 257d Abs. 1 OR noch die separate Zustellung der Kündigung an beide Mieter nach Art. 266n OR urkundlich nachgewiesen waren. Ein Zahlungsrückstand hatte ebenfalls im gegebenen Zeitpunkt nicht vorgelegen, da die

Mieter gemäss dem Geschäftsabschluss der Vermieterin per 31. Dezember 2014 von einem im Zeitpunkt der Kündigung bestehenden und mit den Mietzinsen zu verrechnenden Guthaben ausgehen durften. Die zweite Kündigung vom 17. Dezember 2015 beurteilte die Erstinstanz als gültig, trotz bereits hängigem Verfahren betreffend der ersten Kündigung und bestätigte den Zahlungsrückstand trotz grundsätzlicher zu verrechenbarer Gegenforderung der Mieter bis Februar 2016 aufgrund einer «Bilanzkorrektur» der Vermieterin. Die zweite Instanz und Vorinstanz des Bundesgerichts hingegen erachtete die zweite Kündigung mangels nachgewiesener Bilanzkorrektur und noch immer bestehender Verrechnungsmöglichkeit der Gegenforderung als «grundsätzlich unwirksam», diese Einrede der Verrechnung sei jedoch im massgeblichen Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils nicht mehr zu hören gewesen, da die Beschwerdeführer den ab März 2016 geschuldeten Mietzins nicht beglichen hätten, womit die Voraussetzungen einer zulässigen ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR klarerweise erfüllt gewesen seien.

[4] Das Bundesgericht zog betreffend der umstrittenen Kündigung vom 17. Dezember 2015 in Erwägung, dass zu keinem Zeitpunkt ein Zahlungsrückstand (aufgrund der zu verrechnenden Gegenforderung der Mieter) bestanden habe, weswegen die Kündigung unwirksam gewesen sei (E. 4.1). Eine «Heilung» und Rechtfertigung im Nachhinein im Sinne der Vorinstanz gebe es nicht. Das Bundesgericht wies darauf hin, dass die Vermieterin bei bewiesenem Zahlungsrückstand ab März 2016 erneut – und zwar auch während eines bereits hängigen Verfahrens – hätte nach Art. 257d OR kündigen können (E. 4.2).

[5] Das Bundesgericht setzte sich sodann in einem nächsten Schritt mit der Frage auseinander, ob es rechtsmissbräuchlich von den Mietern sei, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung vom 17. Dezember 2015 zu berufen. Die Vermieterin stellte sich nämlich auf den Standpunkt, dass es rechtsmissbräuchlich sei, sich auf die Unwirksamkeit einer Zahlungsverzugskündigung wegen zu kurzer Zahlungsfrist zu berufen, wenn der Mieter die Zahlungen sowieso eingestellt habe. Das Bundesgericht erwog, dass gemäss Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ([ZGB](#)) der «offenbare Missbrauch eines Rechts» keinen Rechtsschutz finde und verwies im Zusammenhang des Rechtsmissbrauchs mit einer ausserordentlichen Kündigung wegen Zahlungsrückstands auf seine bisherige strenge Rechtsprechung. In allen aufgezählten Fällen waren die Mieter mit der Zahlung von fälligen Mietzinsen im Rückstand, sowohl als ihnen die Frist zur Zahlung gesetzt wurde als auch als die Frist ablief resp. die Kündigung ausgesprochen wurde. Vor diesem Hintergrund erwog das Bundesgericht, dass der vorliegende Fall anders gelagert sei, da sich ja die Mieter gar nie im Zahlungsrückstand befunden hätten und es an der zentralen Voraussetzung – dem Ausstand – von vornherein fehlte. Die ausserordentliche Kündigung sei daher nicht schutzwürdig, was auch den Rechtsmissbrauch der Mieter ausschliesse (E. 5.3.1). Das Bundesgericht zog weiter in Erwägung, dass die Rechtsmissbräuchlichkeit des mieterischen Verhaltens dadurch gegeben sein könnte, dass sich diese einerseits auf die Unwirksamkeit der Kündigung und damit die Fortdauer des Mietverhältnisses berufen, andererseits aber während des gerichtlichen Verfahrens ihrer vertraglichen Pflicht zur Zahlung der Mietzinsen nicht nachgekommen seien. Dies sei jedoch nur zu bejahen, wenn verbindlich festgestellt sei, dass die Vermieterin den Mietern ab März 2016 erstmals eine mit Art. 257d OR konforme Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung zugestellt hätte. Da dies nicht erwiesen sei, lasse der Umstand, dass die Mieter nicht mehr bezahlt haben ab März 2016 (und auch, dass sie die Hinterlegung auf ein Sperrkonto während des Verfahrens verlangten, auf dieses dann aber trotzdem nichts einbezahlten), nicht schon auf Rechtsmissbrauch schliessen.

[6] Das Bundesgericht hiess vor diesem Hintergrund die Beschwerde gut, hob das Urteil der Vorinstanz auf und stellte fest, dass die Kündigung der Vermieterin vom 17. Dezember 2015 nichtig sei.

## **Kommentar**

### **Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d Abs.1 OR**

[7] Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gültigkeit einer Zahlungsverzugskündigung uneingeschränkt gelten und jeweils streng geprüft werden. Mit anderen Worten muss für eine gültige Zahlungsverzugskündigung im Zeitpunkt der Fristansetzung als auch im Zeitpunkt der Kündigung ein Zahlungsrückstand der Mieterschaft vorliegen. Ohne einen solchen

Zahlungsrückstand entfaltet die entsprechende Kündigung, welche sich auf Art. 257d OR stützt, keine Gültigkeit. Sie ist vielmehr nichtig.

[8] Im vorliegenden Fall schlug die Vorinstanz jedoch einen neuen Weg ein, indem sie ausführte, dass eine solche nichtige Kündigung wirksam sein könne, wenn die Mieterschaft später in Zahlungsrückstand gerate. Ein solcher Zahlungsrückstand, in welchem die Mieterschaft nach Aussprechen der Kündigung gerate, «heile» eine nichtige Kündigung gestützt auf Art. 257d OR. Das Bundesgericht hat jedoch mit Vehemenz festgehalten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 257d OR eine solch weite Auslegung nicht zulassen und ein Zahlungsrückstand, welcher eine Kündigung gemäss Art. 257d OR rechtfertigen könne, nicht rückwirkend eintreten könne.

### **Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung auf die Unwirksamkeit der Kündigung**

[9] Mit Bezug auf die Rechtsmissbräuchlichkeit hält das Bundesgericht an seiner bisher strengen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 ZGB fest. Demnach diene diese Norm als korrigierender «Notbehelf», in den Fällen, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führe. Dabei sei Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend, in bloss offenkundigen Fällen, zu bejahen. Im Bereich des Mietrechts fasst das Bundesgericht seine Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch bei Zahlungsverzugskündigungen zusammen:

[10] Rechtsmissbräuchlich ist etwa, wenn sich Mieter darauf berufen, die Kündigung wegen Zahlungsrückstand sei verfrüht, ohne aber den Ausstand innerhalb der dreissigtägigen Zahlungsfrist zu begleichen.

[11] Ebenso sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich Mieter darauf berufen, ihnen sei eine kürzere Zahlungsfrist eingeräumt worden als gesetzlich vorgeschrieben, sie aber andererseits unabhängig von den ihnen gesetzten Fristen nicht beabsichtigen, den ausstehenden Betrag zu begleichen.

[12] Ebenso rechtsmissbräuchlich sei, wenn Mieter geltend machen, es sei die Zahlung eines zu hohen Betrags gefordert worden, ohne dass sie gleichzeitig den nach ihrem Wissen tatsächlich vorhandenen Ausstand beglichen hätten oder zumindest hätten darlegen können, dass sie dies bei korrekter Angabe des geschuldeten Betrags gemacht hätten.

[13] Rechtsmissbräuchlich ist zudem auch, wenn dem Mieter die drohenden Folgen der Nichtbezahlung fälliger Mietzinsen bewusst waren und feststeht, dass er diese auch bei entsprechender Fristansetzung mit Androhung der Kündigung nicht fristgerecht beglichen hätte. Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Mieter bereits vor der Fälligkeit klar und deutlich zum Ausdruck brächte, dass er seine Leistung verweigern würde.

[14] All diesen Fällen von Rechtsmissbrauch ist gemeinsam, dass sich die Mieter im Zeitpunkt der Fristansetzung mit der Zahlung von fälligen Mietzinsen im Rückstand befanden. Dieser Tatbestand sei jedoch vorliegend genau nicht erfüllt gewesen, weswegen eine Berufung auf Rechtsmissbrauch durch das Bundesgericht nicht geschützt wurde. Das Bundesgericht schliesst damit die durch die Vorinstanz geöffnete Hintertür, wonach eine Berufung auf rechtsmissbräuchliches Verhalten bei mangelnden Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung derselben zur Gültigkeit ver helfe.

[15] Gleichzeitig führt das Bundesgericht jedoch aus, dass im konkreten Fall eine Berufung auf Rechtsmissbrauch allenfalls Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, wenn die Vermieterschaft ausgeführt hätte, dass die Mieterschaft selbst dann den Mietzins nicht geleistet hätte, wenn eine gemäss Art. 257d Abs. 1 OR konforme Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung für den März 2016 zugestellt worden wäre. Damit hätten sie ausgeführt, dass eine gehörige Fristansetzung mit Kündigungsandrohung ihren Zweck nicht erreicht hätte und sich die Mieterschaft daher zweckwidrig auf die Einhaltung von Art. 257d OR berufen hätte. Da eine solche Behauptung jedoch nicht vorgebracht worden sei, könne auch kein Rechtsmissbrauch im konkreten Fall vorliegen.

### **Fristansetzung während laufender Gerichtsverfahren**

[16] Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, dass auch während laufender Gerichtsverfahren und bei einer bereits ausgesprochenen Kündigung bei erneutem Zahlungsrückstand eine erneute Fristansetzung einerseits möglich und andererseits jedoch auch notwendig sei. Gerade die Mieterschaft während des laufenden Anfechtungsverfahrens erneut in Zahlungsrückstand, so habe zwingend eine erneute Fristansetzung mit einer erneuten Zahlungsverzugskündigung zu erfolgen. Mit anderen Worten kann und muss eine nichtige Kündigung durch eine formell korrekte Zahlungsverzugskündigung ersetzt resp. ergänzt werden.

### Fazit

[17] Das Bundesgericht hält an seiner konstanten Rechtsprechung zur Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR fest. Ein nachträglich eingetretener Zahlungsverzug vermag eine Kündigung gestützt auf Art. 257d OR nicht zu heilen, wenn die Voraussetzungen im Zeitpunkt der Zahlungsfristansetzung und im Zeitpunkt der Kündigung nicht erfüllt gewesen sind. Für eine Berufung auf Rechtsmissbrauch ist zudem jederzeit notwendig, dass das rechtsmissbräuchliche Verhalten von der Vermieterschaft klar beim Namen genannt wird und auch aufgezeigt wird, woran der offenbare Missbrauch des Rechtes liegt, welcher keinen Rechtsschutz finden darf.

MARIANNE SCHAUB-HRISTIC, Dr. iur., Rechtsanwältin, Schaub Hochl Rechtsanwälte AG

**Zitiervorschlag:** Marianne Schaub-Hristic, Zahlungsverzugskündigung und Rechtsmissbrauch, in: dRSK, publiziert am 27. März 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)