

Von echten und unechten Betreibungen

FORDERUNGEN KÖNNEN MITTELS BETREIBUNGEN ZUR ZWANGSVOLLSTRECKUNG GEBRACHT WERDEN. NICHT IMMER SIND EINGELEITETE BETREIBUNGSVERFAHREN BERECHTIGT. SIE KÖNNEN MISSBRAUCHT WERDEN, UM DEM ANGEBLICHEN SCHULDNER ZU SCHADEN.

Betreibungsverfahren

In der Schweiz ist es möglich, dass jemand, der eine Forderung gegen eine andere Person hat, diese auf dem Weg der Betreibung geltend macht und so die Forderung bezahlt erhält, im besten Falle, ohne dass ein eigentliches Gerichtsverfahren angestrengt werden muss. Das gilt sowohl gegenüber natürlichen als auch gegenüber juristischen Personen.

Damit ist die Zwangsvollstreckung erheblich erleichtert, beschleunigt und kostengünstig, je nach Qualität der Forderung. Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) unterscheidet deshalb Forderungen, die durch einen rechtskräftigen Gerichts- oder Verwaltungsentscheid erstellt sind, von Forderungen, die durch eine schriftliche Schuldanererkennung des Schuldners ausgewiesen sind und von solchen, die erst

noch erstritten werden müssen. Für alle gilt zumindest am Anfang das gleiche Verfahren:

Der Gläubiger stellt am Wohnsitz bzw. Sitz des Schuldners ein Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt. Das Betreibungsamt stellt – ohne Prüfung der Begründetheit der Forderung – einen sog. Zahlungsbefehl aus, der dem Schuldner überbracht wird. Bestreitet der Schuldner die Forderung ganz oder teilweise, erklärt er sog. Rechtsvorschlag. Damit ist die Betreibung einstweilen blockiert. Der Gläubiger muss nun, je nach Qualität seiner Forderung entweder ein ordentliches Gerichtsverfahren anstrengen, das dereinst über Bestand und Höhe der Forderung entscheidet oder er ist, weil er seine Forderung belegen kann, privilegiert: Er kann eine definitive Rechtsöffnung verlangen, wenn er bereits einen rechtskräftigen Entscheid eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde hat oder er kann eine sog. provisorische Rechtsöffnung erlangen, wenn seine Forderung durch eine schriftliche Schuldanererkennung, wozu auch Verträge gehören, ausgewiesen ist. Im Falle der definitiven Rechtsöffnung wird die Forderung durch Pfändung oder im Rahmen eines Konkursverfahrens vollstreckt. Bei der provisorischen Rechtsöffnung hängt das weitere Verfahren vom Schuldner ab: Entweder er bezahlt auf-



Sabine Kilgus

grund des Rechtsöffnungsentscheides oder er strengt selber ein Gerichtsverfahren gegen den Gläubiger an, die sog. Aberkennungsklage, in welchem das angerufene Gericht in einem normalen Forderungsprozess über Bestand und Höhe der Forderung entscheidet. Das weitere Schicksal der Forderung hängt dann – wie in den Fällen ohne Schuldanererkennung – vom Ausgang des Forderungsprozesses ab, was dauern kann. Das Betreibungsamt selbst hat keinerlei Kompetenzen, über die Begründetheit der Forderung zu befinden.

Folgen des Betreibungsverfahrens

Jede Betreibung wird in das Betreibungsregister eingetragen. Jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, kann Einsicht in das Register und die Protokolle des Betreibungsamtes verlangen und sich Auszüge geben lassen. Ein solches

Fortsetzung Seite 2

Inhalt

Von echten und unechten Betreibungen

Seite

1

Die Prozesskaution

3

Abberufung des Verwalters einer Stockwerkeigentümergemeinschaft

5

Zivilprozessuale Tücken bei der Mieter-Ausweisung

7

Fortsetzung von Seite 1

Interesse wird im Vorfeld eines Vertragsabschlusses als gegeben betrachtet. Grosse Bedeutung hat dieses Einsichtsrecht für den Abschluss eines Mietvertrages. In der Regel verlangen zukünftige Vermieter standardmässig einen Betreibungsregisterauszug. Enthält dieser hängige Betreibungen, schmälert das die Chancen für einen Vertragsabschluss erheblich. Das gilt auch, wenn eine in Betreuung gesetzte Forderung später bezahlt wird, da dieser Umstand mit der Bezeichnung «bezahlt am ...» im Betreibungsregister vermerkt wird. Die Auskunft wird lediglich dann verweigert, wenn die Betreuung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde aufgehoben wurde, wenn der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat oder wenn der betreibende Gläubiger diese später zurückzieht.

Dass ein Betreibungsregisterauszug, der viele Eintragungen enthält, selbst wenn die Forderungen später gerichtlich noch erledigt werden müssen oder ordentlich bezahlt wurden, für das wirtschaftliche Fortkommen des Schuldners hinderlich bis schädlich ist, ist offensichtlich. Der Schuldner bzw. der Betriebene hat deshalb ein berechtigtes Interesse, dass nur die noch aktuellen offenen Forderungen, nicht auch die bezahlten, und erst recht nur die ausgewiesenen im Betreibungsregister vermerkt werden, zumal, wie erwähnt, Betreibungen sichtbar bleiben, über deren Forderungen im Rahmen eines Zivilprozesses oft erst Jahre später endgültig entschieden wird. Für Dritte, nicht aber für Gerichts- und Verwaltungsbehörden, erlischt dieses Einsichtsrecht erst fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens über die Forderung.

Missbrauchspotential

Es ist offensichtlich, dass trotz aller Vorteile, die das Betreibungsverfahren als erleichtertes, schnell eingeleitetes Vollstreckungsverfahren aufweist, darin auch ein Missbrauchspotential enthalten ist. So kann jeder echte oder vermeintliche Gläubiger eine noch so unbegründete oder noch so hohe Forderung einfach einmal in Betreuung setzen und so die andere Partei absichtlich schädigen. Solche Forderungen werden dann im Betreibungsregister für Dritte sichtbar, ohne dass daraus etwas bezüglich der Begründetheit hervorgeht. Da das Betreibungsamt im Unterschied zu den Handelsregisterämtern bezüglich der Eintragungen in das Handelsregister keine Kompetenzen hat, über die Legitimität der Forderung auch nur provisorisch zu befinden, wird es die Betreuung im Zweifel als ordentlich entgegennehmen. Die im Gesetz vorgesehene Schwelle der Nichtigkeit, d.h. einer absolut unhaltbaren Betreuung, dürfte in der Praxis auf die Schnelle kaum zu erkennen sein. Vielmehr wird in Zweifelsfällen eine Betreuung zugelassen und der betroffene Schuldner auf den Beschwerdeweg verwiesen.

Seit Erlass des SchKG hat sich das gesellschaftliche Umfeld verändert. In früheren Jahren und Jahrzehnten war die Zahlungsmoral besser und eine Betreuung etwas sehr unfreundliches, weshalb eine solche nur mit der gebotenen Zurückhaltung, häufig auch nur zur Unterbrechung der Verjährung, eingeleitet wurde. In jüngerer Zeit lässt sich hingegen in der Praxis vermehrt beobachten, dass sich verschiedene Fallgruppen von missbräuchlich erhobenen Betreibungen, die allesamt nur dazu dienen, dem echten oder vermeintlichen Schuldner Schaden zuzufügen, häufen:

- Der Gläubiger setzt Forderungen unmittelbar nach deren Entstehung in Betreuung, so dass, auch wenn diese ordnungsgemäss bezahlt werden, der Eindruck entsteht, der Schuldner zahle immer erst auf Druck einer Betreuung.
- Es werden Forderungen, die nicht existieren, in Betreuung gesetzt, typischerweise um jemandem bei der Wohnungssuche oder bei der Berufsausübung zu schaden. Diese wären nichtig, aber die Nichtigkeit ist für das Betreibungsamt nicht so offensichtlich, dass auf ein Betreibungsbegehren nicht eingetreten würde.
- Unzufriedene Schuldner des Betriebenen stellen, selbst wenn ein rechtskräftiger Entscheid gegen sie zur Bezahlung einer Forderung vorliegt, Gegenforderungen auf und betreiben als Retorsionsmassnahme den ehemaligen Gläubiger und nunmehrigen Schuldner.
- Gläubiger betreiben jemanden, um andere Zwecke zu erreichen, bspw. den Abschluss eines Vergleiches oder Erlangen von höheren Unterhaltszahlungen etc.

Rechtsbehelfe

Aufgrund der Ausgestaltung des Betreibungsrechts mit der Möglichkeit, eine nur behauptete Forderung in Betreuung zu setzen, ist es sehr schwierig und nur im Einzelfall zu klären, ob eine Forderung grundsätzlich begründet ist oder missbräuchlich geltend gemacht wird. Liegt tatsächlich eine missbräuchliche Betreuung vor, ist sie nichtig. Mittels Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG kann dies der betroffene Schuldner bei der Aufsichtsinstanz über das Betreibungsamt, typischerweise das erstinstanzliche Gericht am Betreibungsort, jederzeit geltend machen. Stellt das Gericht aufgrund der Umstände des Einzel-

fallens die Nichtigkeit fest, weist es das Betreibungsamt an, die Betreibung zu löschen.

Allerdings sind die Hürden für die Bejahung der Nichtigkeit hoch. Der Schuldner muss dartun können, dass die Betreibung rechtsmissbräuchlich ist und keinerlei berechtigten Interessen des Gläubigers, wie bspw. auch dem Verjährungsunterbruch, dient. In Fällen offensichtlicher Retorsionsmassnahmen oder bei willkürlichen Betreibungen ist zu beobachten, dass solche Beschwerden vermehrt gutgeheissen werden, was in der Sache für den Schuldner positiv ist, indessen nicht darüber hinwegtäuscht, dass er auf eigene Kosten ein Beschwerdeverfahren führen muss, für das er nie eine Prozessentschädigung erhalten wird, weil das SchKG-Beschwerdeverfahren «kostenlos» ist und keine Parteientschädigung vorsieht. Der mutwillig Betreibende läuft also nicht Gefahr, später dem sich erfolgreich wehrenden Schuldner eine Prozessentschädigung zahlen zu müssen, wie das an sich in einem Zivilverfahren üblich wäre.

Kein Rechtsbehelf besteht für den zweiten Missstand. Das Stehenlassen bezahlter Forderungen mit dem Vermerk «bezahlt», blieb ursprünglich unbegrenzt bzw. konnte nur gelöscht werden, falls der Gläubiger die Betreibung nach einer erfolgten Bezahlung zurückzog. Eine Gesetzesänderung, die auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, ermöglicht nun die Löschung effektiv bezahlter Forderungen nach zwei Jahren seit erfolgter Zahlung.

Im Parlament ist nun eine Motion hängig, die verlangt, dass geprüft werden soll, ob Betreibungsbegehren früher gelöscht werden sollen. ■

Die Prozesskaution

WER VOR GERICHT EINGEKLAGT WIRD, TRÄGT EIN GEWISSES RISIKO, DASS ER DIE IHM IM FALL DES OBSIEGENS ZUZUSPRECHENDE PARTEIENTSCHÄDIGUNG SCHLUSSENDLICH NICHT ODER NUR MIT SCHWIERIGKEITEN ERHÄLT. DIESEM RISIKO KANN MIT DEM INSTITUT DER PROZESSKAUTION ENTGEGENGEWIRKT WERDEN. DIE PROZESSKAUTION UNTERLIEGT ALLERDINGS GEWISSEN VORAUSSETZUNGEN UND WEIST ZUDEM EINIGE BESONDERHEITEN AUF.

Zweck

Grundsätzlich hat die im Prozess unterliegende Partei die Gerichtskosten zu tragen und die obsiegende Partei für deren Aufwendungen (insbesondere die entstandenen Anwaltskosten) zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 Zivilprozessordnung [ZPO]). Aber auch wenn der beklagten Partei im Falle ihres Obsiegens eine solche Parteientschädigung zugesprochen wird, läuft sie dennoch u.U. Gefahr, diese nicht oder nur mit grossem Aufwand eintreiben zu können (beispielsweise weil der Kläger zahlungsunfähig ist oder im Ausland wohnt). Um diesem Risiko vorzubeugen, kann die beklagte Partei im Prozess den Antrag stellen, dass die Gegenpartei (also die klagende Partei) eine entsprechende *Sicherheit* für die im Fall des Obsiegens zu erwartende Parteientschädigung zu leisten habe (Art. 99 ZPO). Diesem Antrag auf Leistung einer Sicherheit wird vom Gericht jedoch nicht in jedem Fall entsprochen, sondern nur dann, wenn ein entsprechender *Kautionsgrund* vorliegt.

Kautionsgründe

Art. 99 ZPO sieht vier verschiedene Kautionsgründe vor. Im Vordergrund stehen dabei die Kautionsgründe des *ausländischen klägerischen Wohnsitzes bzw. Sitzes* und der *Zahlungsunfähigkeit* der klagenden Partei (Art. 99 Abs. 1 lit. a und b ZPO).



Martin Rust

Dem ersteren Kautionsgrund liegt der Gedanke zu Grunde, dass es der beklagten Partei nicht zugemutet werden soll, das Vollstreckungsrisiko für die Parteientschädigung im Ausland auf sich zu nehmen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine solche Sicherheitsleistung aufgrund eines fehlenden Wohnsitzes/Sitzes in der Schweiz durch internationale Übereinkommen häufig *ausgeschlossen* wird. Solche Übereinkommen gehen – was vielfach vergessen wird – der ZPO grundsätzlich vor (Art. 2 ZPO). Zu beachten sind in diesem Zusammenhang insbesondere die beiden Haager Übereinkommen vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht (SR 0.274.12) und vom 25. Oktober 1980 über den internationalen Zugang zur Rechtspflege (SR 0.274.133).

Was den Kautionsgrund der *Zahlungsunfähigkeit* anbelangt, so ist dieser

Fortsetzung Seite 4

Fortsetzung von Seite 3

lediglich *glaubhaft* zu machen, was beispielsweise durch entsprechende schuldbetriebungsrechtliche Dokumente geschehen kann. Unumstösslich *vermutet* wird die Zahlungsunfähigkeit von Gesetzes wegen, wenn über den Kläger Konkurs eröffnet worden oder ein Nachlassverfahren in Gang ist oder wenn Verlustscheine bestehen.

Ferner kann eine Sicherheitsleistung auch dann verlangt werden, wenn die klagende Partei *Prozesskosten* (d.h. Gerichtskosten oder Parteientschädigungen) aus früheren Verfahren schuldet oder wenn «andere Gründe» vorliegen, welche eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bewirken (Art. 99 Abs. 1 lit. c und d ZPO). Der letztere Kautionsgrund bildet einen Auffangtatbestand der laut Botschaft beispielsweise beim sog. *Asset Stripping* vor Konkurs vorliegen soll, d.h. wenn die klagende Partei ihre Aktiven unter Wert an eine Auffanggesellschaft überträgt.

Folgen des gutgeheissenen Kautionsantrags

Wird der Antrag auf Leistung einer Prozesskaution gutgeheissen, so bildet die Leistung der vom Gericht festzulegenden Sicherheit eine *Prozessvoraussetzung*. Wird die Kautionsleistung nicht innert Frist geleistet, tritt das Gericht auf die Klage somit *nicht* ein.

Wird der Antrag vor Einreichung der Klageantwort in einer separaten Eingabe gestellt, führt dies in aller Regel dazu, dass das Gericht die Frist zur Erstattung der Klageantwort abnimmt und diese nach dem Entscheid über die Prozesskaution bzw. nach Eingang der Prozesskaution neu ansetzt. Nicht selten wird deshalb ein solcher Antrag von der be-

klagten Partei einzig zum Zweck des *Zeitgewinns* gestellt, im Wissen, dass eigentlich gar kein Kautionsgrund vorliegt.

Der *Umfang* der zu leistenden Sicherheit bestimmt sich im Übrigen nach dem jeweils anwendbaren kantonalen Tarif für Anwaltshonorare und damit in der Regel nach dem Streitwert der jeweiligen Angelegenheit.

Besonderheiten

Es ist umstritten, ob auch *Konkursmassen* zur Leistung einer Prozesskaution – insbesondere gestützt auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit – verpflichtet werden können. Nach herrschender Lehre und mit Blick auf die Botschaft ist dies wohl zu bejahen. Dem wird allerdings in der Literatur zu Recht entgegnet, dass die Prozesskosten Masseschulden nach Art. 262 des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) bilden, welche ohnehin gedeckt sein müssen, ansonsten der Konkurs eingestellt würde.

Bei sog. notwendigen Streitgenossen (z.B. Erbengemeinschaften) ist im Übrigen zu beachten, dass bei *allen* Streitgenossen ein Kautionsgrund vorliegen muss, damit einem Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung entsprochen werden kann (Art. 99 Abs. 2 ZPO). Dabei muss es sich aber nicht notwendigerweise bei allen Streitgenossen um *denselben* Kautionsgrund handeln.

Schliesslich ist zu beachten, dass nach Art. 99 Abs. 3 ZPO in gewissen Verfahren kein Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung gestellt werden kann, so beispielsweise im Bereich des *sozialen Prozessrechts*, wo unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren gilt (z.B. Streitigkeiten aus Miete und Pacht; Art. 243 Abs. 2 ZPO). Das gilt

hingegen nicht für Verfahren im Bereich des Arbeitsrechts. Ferner ist grundsätzlich auch im Summarverfahren sowie im Scheidungsverfahren keine Sicherheit zu leisten.

Fazit

Das Institut der Prozesskaution ist für die beklagte Partei ein wichtiges Instrument, um die im Falle des Obsiegens zu erwartende Parteientschädigung sicherzustellen. Sie ist aber auch ein wirksames Verteidigungsmittel, um der klagende Partei eine (finanzielle) «Hürde» in den Weg zu stellen. Wird der klagenden Partei eine solche Parteientschädigung auferlegt, so stellt diese häufig eine – je nach Streitwert u.U. beträchtliche – finanzielle Belastung dar, welche für die klagende Partei umso schwerer wiegt, da sie stets auch einen Vorschuss für die zu erwartenden Gerichtskosten zu leisten hat (Art. 98 ZPO). Auch wenn das Institut der Prozesskaution zuweilen bloss zum Zweck des Zeitgewinns angerufen wird, hat es zum Schutz der beklagten Partei, welche gegen ihren Willen in einen Prozess gezwungen wird, jedoch durchaus seine Berechtigung. ■

Abberufung des Verwalters einer Stockwerkeigentümergeinschaft

DER VERWALTER EINER STOCKWERKEIGENTÜMERGEMEINSCHAFT KANN JEDERZEIT UND OHNE ANGABE VON GRÜNDEN VON DER STOCKWERKEIGENTÜMERVERSAMMLUNG ABBERUFEN WERDEN, SELBST WENN MIT IHM EIN LÄNGERFRISTIGER VERWALTUNGSVERTRAG ABGESCHLOSSEN WURDE. LEHNT DIE VERSAMMLUNG DIE ABBERUFUNG AB, KANN JEDER STOCKWERKEIGENTÜMER DIE GERICHTLICHE ABBERUFUNG VERLANGEN, SOFERN ER DIESBEZÜGLICH WICHTIGE GRÜNDE GELTEND MACHEN KANN.



Daniel Reudt

Obwohl die Verwaltung einer Liegenschaft im Stockwerkeigentum nicht selten einer «professionellen» Liegenschaftsverwaltung übertragen wird und die Rechte und Pflichten des Verwalters in Reglementen und Verwaltungsverträgen detailliert umschrieben werden, kommt es bisweilen zu Unstimmigkeiten und dem Wunsch, den Verwalter wieder «los zu werden». Dieses Ziel kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden.

Nichtverlängerung des Verwaltungsmandats

Ist der Verwalter nur für eine bestimmte Zeitdauer gewählt und sieht der zeitlich beschränkte Verwaltungsvertrag keine automatische Verlängerung bei unterbliebener Kündigung vor, so kann nach Ablauf der Vertragsdauer ein neuer Verwalter durch die Stockwerkeigentümergeinschaft gewählt werden. Nur selten wird sich der Vertrag aber gerade dann dem Ende zuneigen, wenn die Pro-

bleme mit dem Verwalter auftreten. Insofern wird man regelmässig um eine Abberufung des Verwalters nicht herumkommen.

Abberufung durch Beschluss

Art. 712r Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) verankert das jederzeitige Recht der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Abberufung des Verwalters. Dieses Recht ist unverzicht- und uneinschränkbar. Die Abberufung des Verwalters muss durch einen mit einfachem Mehr gefassten Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft erfolgen. Eine Erschwerung dieser Voraussetzung, namentlich mittels einer im Reglement vorgesehenen Verschärfung des Beschlussquorums ist nicht möglich. Die Abberufung des Verwalters durch die Stockwerkeigentümergeinschaft kann (zwingend) jederzeit und ohne Angabe von Gründen erfolgen. Sie darf insbesondere nicht vom Vorliegen bestimmter wichtiger Gründe abhängig gemacht werden, wie dies regelmässig in Stockwerkeigentümerreglementen vorgesehen ist.

Der Abberufungsbeschluss muss gehörig zustande gekommen sein, d.h. insbesondere als Traktandum «Abberufung Verwalter» angekündigt sein. Wie jeder Beschluss kann auch derjenige der Abberufung des Verwalters anfechtbar

oder sogar nichtig sein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Verwalter selbst ist – sofern er nicht selbst Stockwerkeigentümer ist – zur Anfechtung nicht legitimiert. Die Abberufung entfaltet mit der Mitteilung an den Verwalter rechtliche Wirkung und beendet seine Tätigkeit als Verwalter per sofort, sofern im Beschluss nicht ein späterer Endtermin festgelegt wurde.

Gerichtliche Abberufung

Lehnt die Versammlung der Stockwerkeigentümer die Abberufung des Verwalters unter Missachtung wichtiger Gründe ab, so kann jeder Stockwerkeigentümer binnen Monatsfrist die gerichtliche Abberufung verlangen (Art. 712r Abs. 2 ZGB). Im Gegensatz zur Abberufung durch die Versammlung bedarf es somit für die gerichtliche Abberufung wichtiger Gründe. Solche liegen gemäss Rechtsprechung dann vor, wenn einem Stockwerkeigentümer die Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, weil das diesem Rechtsverhältnis immanente Vertrauensverhältnis fehlt bzw. zerstört worden ist. Als Beispiele nennt das Bundesgericht den Verwalter, der seinen Aufgaben nicht nachkommt,

Fortsetzung Seite 6

Fortsetzung von Seite 5

die ihm anvertrauten Gelder unsorgfältig verwaltet, sich eigenmächtig über Beschlüsse der Stockwerkeigentümersammlung hinwegsetzt oder die Stockwerkeigentümer schikaniert. Geringfügige Verstösse gegen die dem Verwalter obliegenden Pflichten stellen demgegenüber keinen wichtigen Grund für eine Abberufung des Verwalters dar, zumindest solange nicht, als dass die Kumulierung der einzelnen Vorkommnisse nicht insgesamt eine derartige Schwere erreichen, welche eine Fortsetzung des Verwaltungsverhältnisses unzumutbar machen.

Die gerichtliche Abberufung setzt voraus, dass der Versammlung der Stockwerkeigentümer ordnungsgemäss Antrag auf Abberufung des Verwalters gestellt worden ist und die Versammlung die Abberufung unter Missachtung wichtiger Gründe abgelehnt hat. Dem einzelnen Stockwerkeigentümer steht somit nicht das Recht zu, ohne vorgängige Anrufung der Stockwerkeigentümersammlung zwecks Abberufung des Verwalters direkt an den Richter zu gelangen.

Prozessuale Bestimmungen

Über die gerichtliche Abberufung des Verwalters wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 249 lit. d Ziff. 4 Zivilprozessordnung [ZPO]), womit ein vorgängiges Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. a ZPO). Da sich die Klage gegen die Stockwerkeigentümergeinschaft – und nicht etwa gegen den Verwalter persönlich – richtet, liegt die Zuständigkeit (im Kanton Zürich) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Ort (Bezirk), an dem das betroffene Grundstück, d.h. die Liegenschaft im Stockwerkeigentum, im Grundbuch

aufgenommen ist (Art. 29 Abs. 1 lit. b ZPO; § 24 lit. c des Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG]).

Auflösung des Verwaltungsvertrags

Die Abberufung hat zur Folge, dass die organschaftlichen Befugnisse des Verwalters, insbesondere dessen Vertretungs- und Handlungsberechtigung für die Stockwerkeigentümergeinschaft untergehen. Daneben ist aber auch das der Verwaltungstätigkeit zugrunde liegende Verwaltungsvertragsverhältnis (i.d.R. ein Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. Schweizerisches Obligationenrecht [OR]) zu beenden. Da für einen solchen Auftrag gemäss Art. 404 OR ein (gemäss langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwingendes) jederzeitiges Kündigungsrecht besteht, kann der Auftrag somit auch in denjenigen Fällen mit sofortiger Wirkung (und grundsätzlich ohne Schadenersatzpflichtig zu werden) beendet werden, bei welchen vertraglich eine mehrjährige Mindestvertragsdauer vereinbart wurde. Eine Schadenersatzpflicht besteht nur dann, wenn die Kündigung zur Unzeit erfolgte, was eher selten der Fall ist, zumal ein Verschulden des Verwalters an der Beendigung die Zusprechung von Schadenersatz in der Regel ausschliesst. Zu denken ist zum Beispiel aber daran, dass der Verwalter im Hinblick auf eine mehrjährige Verwaltungstätigkeit eine teure und noch nicht amortisierte Computersoftware für die Bewirtschaftung der Liegenschaft angeschafft hat, welche er nun ohne eigenes Verschulden an der Beendigung des Verwaltungsmandats – auch im Rahmen einer anderen Verwaltungstätigkeit – nicht mehr gebrauchen kann. ■

Humor

Mandant: «Wenn ich wüsste, wie sich die Eigentumsverhältnisse nach einer Scheidung gestalten, würde ich mich sofort von meiner Frau trennen.» Anwalt: «Das ist ganz einfach: Ihre Frau bekommt das Haus, Sie das Auto und ich Ihre Ersparnisse.»

Zivilprozessuale Tücken bei der Mieter-Ausweisung

VERLÄSST DER MIETER DIE WOHNUNG NICHT RECHTZEITIG, D.H. NACH ABLAUF DER MIETDAUER ODER NACH ABLAUF DER ERSTRECKTEN KÜNDIGUNGSFRIST, SO KANN DER VERMIETER SEIN RECHT AUF DIE RÜCKGABE DER MIETWOHNUNG IM AUSWEISUNGSVERFAHREN DURCHSETZEN. DABEI IST JEWEILS VORAB GENAU ZU PRÜFEN, OB EIN SOG. RECHTSSCHUTZ IN KLAREN FÄLLEN VORLIEGT ODER NICHT.

Die Vermieterin V ersuchte in einem Gerichtsfall im Rahmen eines summarischen Verfahrens zum Rechtsschutz in klaren Fällen um gerichtliche Ausweisung des Mieters M. Zur Begründung führte sie an, das Mietverhältnis sei wegen Zahlungsverzuges (Art. 257d des Schweizerischen Obligationenrechts [OR]) gekündigt worden, der Mieter M weile jedoch auch nach Ablauf des Kündigungssterms weiterhin in den Räumlichkeiten. Das Gericht trat mangels sog. liquiden Sachverhalts und damit mangels eines klaren Falles nicht auf das Ausweisungsgesuch ein, da der Mieter M Einwendungen vorgebracht habe, die ein Beweisverfahren notwendig machen würden (OGer BE in: CAN 1/2012 Nr. 7). Nach dieser Entscheidung hätte die Vermieterin V ein Ausweisungsgesuch bei der Schlichtungsbehörde und nachher ein ordentliches Gerichtsverfahren am Mietgericht anstrengen müssen.

Ausweisung in klaren Fällen

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist der sprichwörtlich «kurze Prozess». Ist der Sachverhalt und die Rechtslage klar, soll der Kläger rasch, d.h. ohne Schlichtungsversuch und ohne unnötiges ordentliches Gerichtsverfahren am Mietgericht zu seinem Recht kommen. Die Zivilprozessordnung (ZPO) sieht unter dem Titel «Rechtsschutz in klaren Fällen» (Art. 257 Abs. 1 ZPO) vor, dass das Gericht Rechtsschutz in der Verfahrensart des *summarischen Verfahrens* gewährt, wenn der

Sachverhalt unbestritten oder *sofort beweisbar* ist und die Rechtslage *überdies klar* ist. Das Verfahren wird in der Regel durch ein schriftliches Gesuch eingeleitet (Art. 252 ZPO). *Sofort beweisbar* ist ein Sachverhalt, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen. Andere sofort greifbare Beweismittel sind aber nicht ausgeschlossen (Art. 254 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a ZPO). *Die Rechtslage ist klar*, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich auf Grund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt (BGer 4A.447/2011 vom 20. September 2011, E. 2.3). In *beiden Fällen* spricht man von einem sog. *liquiden Fall*. Nur in diesen Fällen ist der Rechtsschutz in klaren Fällen anwendbar. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass offensichtlich haltlose Bestreitungen – sog. Schutzbehauptungen – des Mieters bei der Mieterausweisung *nicht* ausreichen, um einen an sich bewiesenen Sachverhalt als *illiquid* erscheinen zu lassen. An der erforderlichen Liquidität fehlt es hingegen, wenn der Mieter substantiiert Einwendungen vorträgt, die nicht haltlos sind. Diese Einwendungen und Einreden sind vom Mieter nur glaubhaft vorzubringen und nicht zu beweisen. Sind aufwändige Prüfungen erforderlich, liegt kein liquider Sachverhalt im Sinne von Art. 257 ZPO vor. Dann



Christopher Tillman

ist ein ordentlicher Prozess ohne Beweisbeschränkung erforderlich. Das ist etwa dann der Fall, wenn unklar bleibt, was genau die Parteien vereinbart haben und sich das nur durch ein ausgedehntes Beweisverfahren, namentlich durch die Einvernahme von beantragten Zeugen, eruieren liesse. In diesen Fällen tritt das Gericht auf das Ausweisungsgesuch über den Rechtsschutz in klaren Fällen im summarischen Verfahren nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

Rechtskräftiger Erstreckungs-Vergleich

Ein liquider Fall liegt demgegenüber dann vor, wenn vor Mietgericht oder Schlichtungsbehörde in einem Kündigungsschutzverfahren die Parteien eine Vereinbarung über eine erstreckte Kündigungsfrist geschlossen und damit einen gerichtlichen Vergleich geschlossen haben. Dieser hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Materielle und prozessuale Män-

Fortsetzung Seite 8

Fortsetzung von Seite 7

gel eines Vergleichs können in der Folge nur mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Revision geltend gemacht werden. Gegen einen Vergleich stehen weder die Berufung und Beschwerde nach ZPO noch die Beschwerde nach Bundesgerichtsgesetz offen (BGer 4A.605/2012 vom 22. Februar 2013, E. 1.3). Ist die Kündigung durch gerichtlichen Vergleich in Rechtskraft erwachsen, braucht es für das spätere Ausweisungsverfahren auch keine separate Rechtskraftbescheinigung. Die Rechtskraft des gerichtlich geschlossenen Vergleichs steht aufgrund der erwähnten Rechtsprechung offensichtlich fest. Somit liegt ein klarer Fall vor, welcher die Ausweisung als Rechtsschutz in klaren Fällen im summarischen Verfahren zulässt.

Ausweisung nach ordentlicher Kündigung

Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO im summarischen Verfahren kann grundsätzlich auch für die Ausweisung des Mieters nach einer rechtskräftigen ordentlichen Kündigung des Mieters verlangt werden (OGer AG vom 17.10.2011 in: CAN 1/2012 Nr. 6; MRA 2010 S. 111 ff.). Dies ist auch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar, welcher eine Verstärkung des Gläubigerschutzes bewirken wollte und zwar vor allem in dringlichen Fällen wie der Mieterausweisung.

Fazit

Im Urteil vom 10. Januar 2013 (4A.495/2012) bestätigt das Bundesge-

richt den erwähnten Grundsatz, dass auch unter neuer ZPO die Erwirkung einer Mieterausweisung nur bei einem sog. klaren Fall im summarischen Verfahren und damit in einem «schnelleren Verfahren» mit Beweismittelbeschränkung zu ermöglichen ist (Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO). Demnach sind einzig Fälle wie ein *unbestrittener oder sofort (mit Urkunden) beweisbarer Sachverhalt und zusätzlich klarer Rechtslage* (Art. 257 Abs. 1 ZPO) direkt vom Ausweisungsrichter im summarischen Verfahren zu behandeln und zwar im Unterschied zum früheren Recht unabhängig von der Art der Kündigung wie ordentliche oder ausserordentliche Kündigung. Das Gericht kann auf die Durchführung einer zeitraubenden Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber sind alle nicht liquiden und somit nicht auf Anhieb klaren Fälle wie üblich erstinstanzlich bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen zu beantragen und dann gegebenenfalls an das Mietgericht im ordentlichen Verfahren zu ziehen. Das bedeutet, dass bei der Mieterausweisung immer vorab zu prüfen ist, ob es sich um einen sog. klaren Fall im Sinne von Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO handelt. Danach richtet sich dann die einzuschlagende gerichtliche Verfahrensart. Als Streitwert für das Ausweisungsverfahren wird von sechs Monatsmietzinsen ausgegangen (Entscheid OGer ZH OF120066 vom 9. Januar 2013, E.6). ■

Lic.iur. Romeo Da Rugna

Dr. Stefan Schalch LL.M.

Lic.iur. Thomas Reimann

Lic.iur.
Christopher Tillman LL.M.
Fachanwalt SAV Bau- und ImmobilienrechtPD Dr. Sabine Kilgus LL.M.
Konsulentin

Lic. iur. Martin Rust LL.M.

Lic. iur.
Simon Schnetzler LL.M.Lic. iur.
Marjolaine Jakob ArbP

Lic. iur. Judith Lusser Treyer

Lic. iur. Daniel Reudt

Forchstrasse 2

Postfach 1467

8032 Zürich

Switzerland

Phone +41-44-560 80 80

Fax +41-44-560 80 90

lawyer@legis-law.ch

Eingetragen
im AnwaltsregisterZertifiziert nach
EN ISO 9001 : 2008