

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.43 vom 8. August 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2017.43](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2017.43)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.43 du 8 août 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2017.43 del 8 agosto 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten unterliegen der Berufung, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt (Art. 308 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichts betreffend Ausweisung aus einer Mietwohnung und somit ein erstinstanzlicher Endentscheid in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. In Ausweisungsverfahren, bei denen jedenfalls sinngemäss die Gültigkeit der Kündigung strittig ist, entspricht der Streitwert nach der Praxis des Appellationsgerichts dem Mietzins, der seit der strittigen Kündigung bis zum Zeitpunkt geschuldet ist, auf den frühestens eine neue Kündigung ausgesprochen werden könnte, sollte sich die Kündigung als ungültig erweisen (vgl. AGE BEZ.2012.59 vom 10. August 2012 E. 1.1, mit Hinweisen). Vorliegend verlangt die Rechtsmittelklägerin explizit die Aufhebung der ausserordentlichen Kündigung. Die Wirksamkeit der Kündigung bestreitet sie mindestens implizit (vgl. angefochtener Entscheid, E. 2.2 ff; Berufung, S. 1 ff.). Unter Berücksichtigung des monatlichen Bruttomietzinses von CHF 1'681.■ und der Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e des Obligationenrechts (OR, SR 220) wird der Streitwert von CHF 10'000.■ (36 Monate à CHF 1'681.■ = CHF 60'516.■) erreicht. Das ■ von der Rechtsmittelklägerin gemäss der Rechtsmittelbelehrung als Beschwerde bezeichnete ■ Rechtsmittel ist demnach als Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO zu behandeln.

1.2 Die Berufung ist nach der Zustellung des begründeten Entscheids am 24. August 2017 innert der Frist von 10 Tagen (vgl. Art. 314 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 257 ZPO sowie Art. 142 Abs. 3 ZPO) und damit rechtzeitig erhoben worden. Für ihre Beurteilung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.3 Die Berufungsklägerin verlangt nebst der Aufhebung der ausserordentlichen Kündigung und des Räumungsbefehls auch die Feststellung, dass das Zivilgericht noch über die "Minderwertsentschädigungen" zu ihren Gunsten wegen schwerer Mängel der Wohnung, namentlich wegen Schimmel seit Mietbeginn und Wasserschaden auf der Terrasse zu befinden habe. Auf dieses Rechtsbegehren kann nicht eingetreten werden, da dieses Begehren nicht Gegenstand des Verfahrens vor Zivilgericht war (vgl. den Hinweis der Zivilgerichtspräsidentin anlässlich der Verhandlung vom 8. August 2017, wonach in der Ausweisungsverhandlung nicht über den Schimmel entschieden werde [Verhandlungsprotokoll, S. 4]). Abgesehen davon, dass es sich beim genannten Feststellungsbegehren um ein neues Rechtsbegehren im Sinn einer Klageänderung handelt (dazu Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/ Basel/Genf 2013, N 1374), die nur unter der

strengen Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zulässig wäre, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Berufungsklägerin ein schutzwürdiges Interesse an der angebehrten Feststellung durch das Appellationsgericht haben könnte (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Will die Berufungsklägerin gegenüber den Berufungsbeklagten wegen der genannten Schäden Mietzinsherabsetzung (Art. 259d OR) und/oder Schadenersatz (Art. 259e OR) geltend machen, hat sie den hierfür vorgesehenen Rechtsweg zu beschreiten.

## **E. 2**

2.1 Das Zivilgericht führt im angefochtenen Entscheid aus, dass das Gericht gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechtsschutz in klaren Fällen im summarischen Verfahren gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (angefochtener Entscheid).

In tatsächlicher Hinsicht hat das Zivilgericht zunächst festgehalten, dass die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 10. März 2017 die Mietzinshinterlegung wegen der Schimmelschäden "ab März" angedroht habe. Nach ihren eigenen Angaben habe sie am 27. März 2017 den Mietzins für den April 2017 an die Schlichtungsstelle eingezahlt und am 28. März 2017 den Mietzins für den März 2017 an die Vermieterschaft überwiesen (E. 2.3.1). Die mit Einschreiben vom 6. April 2017 verschickte, jedoch nicht abgeholte Kündigungsandrohung habe am 14. April 2017 ihre Wirkung entfaltet, so dass die Berufungsklägerin sich ab diesem Tag in Verzug befunden habe. Die Zahlung vom 28. März 2017 an die Berufungsbeklagten sei für den noch offenen Märzmietzins und nicht für den April bestimmt gewesen (E. 2.3.2). Nach dem 28. März 2017 und insbesondere während der dreissigtägigen Zahlungsfrist vom 14. April 2017 bis am 15. Mai 2017 sei keine Zahlung der Berufungsklägerin mehr erfolgt (E. 2.3.3).

In rechtlicher Hinsicht hat das Zivilgericht im Wesentlichen erwogen, dass es die Berufungsklägerin versäumt habe, den Berufungsbeklagten in ihrem Schreiben vom 10. März 2017 eine Frist zur Behebung der Mängel anzusetzen. Eine solche Frist sei zwingend (E. 2.5.4). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sei klar. Eine Hinterlegung des Mietzinses gelte nur dann als Zahlung, wenn sie den formellen Anforderungen entspreche. Fehle eine vorgängige Androhung oder eine Fristansetzung zur Behebung des Mangels, so habe die Hinterlegung keine befreiende Wirkung und der Vermieter könne das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs kündigen (E. 2.5.5). Auch die Lehre erachte eine Hinterlegung von Mietzinsen bei formellen Mängeln wie Fehlen der vorgängigen Fristansetzung für ungültig und eine ungeachtet einer solchen Hinterlegung ausgesprochene Kündigung nach Art. 257d OR damit für wirksam (E. 2.5.6). Demzufolge ist das Zivilgericht zum Schluss gekommen, dass die formellen Voraussetzungen einer Hinterlegung des Aprilmietzins mangels Fristansetzung zur Mangelbehebung nicht erfüllt gewesen seien, womit die Hinterlegung keine befreiende Wirkung gehabt habe und die Kündigung nach Art. 257d OR vom 22. Mai 2017 gültig erfolgt sei. Das Mietverhältnis habe somit Ende Juni 2017 geendet. Die Berufungsklägerin nutze die Wohnung seit dem 1. Juli 2017 ohne Rechtsgrund. Sie habe sie den Berufungsbeklagten nach Art. 267 Abs. 1 OR zurückzugeben (E. 2.7).

2.2 Rechtsschutz in klaren Fällen setzt gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und dass die Rechtslage klar ist (lit. b).

2.2.1 Sofort beweisbar ist der Sachverhalt dann, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Kläger hat in der Regel durch Urkunden den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Bestreitet der Beklagte die Tatsachen, genügt es, wenn er substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die aufgrund der Aktenlage gebildete gerichtliche Überzeugung zu erschüttern. Glaubhaftmachung ist dazu nicht erforderlich, doch reichen offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen nicht aus, um einen an sich bewiesenen Sachverhalt als illiquid erscheinen zu lassen (eingehend dazu BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621 ff.). Insoweit kommt der Beweislastverteilung keine entscheidende Bedeutung zu. Denn die Ausgangslage im summarischen Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen, wonach der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen voll zu beweisen hat und sich der Beklagte mit substantiierten und schlüssigen Einwendungen begnügen kann, führt dazu, dass der Kläger auch den Beweis für den Nichtbestand des diesen Einwendungen zugrunde gelegten Tatsachenfundaments erbringen muss, wenn er liquide Verhältnisse schaffen will (BGE 138 III 620 E. 6.2 S. 624 f.).

2.2.2 Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126 und 138 III 728 E. 3.3 S. 734).

2.3 Die Berufungsklägerin macht mit der vorliegenden Berufung geltend, dass sie bereits ab Januar 2017 eindringlich auf die Mängel und deren gesundheitliche Konsequenzen hingewiesen habe. Sie habe den April-Mietzins tatsächlich an die Schlichtungsstelle bezahlt. Sollte die Hinterlegung nicht gültig gewesen sein, hätten die Berufungsbeklagten gegenüber der Schlichtungsstelle einen bedingungslosen Herausgabeanspruch gehabt und das Geld zurückverlangen können. Es sei den Berufungsbeklagten zuzumuten gewesen, sich bei der Schlichtungsstelle zu erkundigen. Zudem hätten sie in ihrem Mahnschreiben begründen müssen, weshalb sie die Hinterlegung nicht anerkennen würden. Auf jeden Fall hätten die Berufungsbeklagten die Verpflichtung gehabt, die Berufungsklägerin vor den sehr harten rechtlichen Schritten noch anzuhören (Berufung, S. 2).

## **E. 2.4**

2.4.1 Beim Mietverhältnis handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, in welchem die Vermieterschaft das Mietobjekt zum Gebrauch überlassen und die Mieterschaft den vereinbarten Mietzins (an die Vermieterschaft) bezahlen muss (Art. 253 OR). Nach der gesetzlichen Regelung von Art. 257d OR kann das Mietverhältnis bei Zahlungsrückständen ausserordentlich, d.h. vorzeitig, aufgelöst werden. Hierzu braucht es zwei Schritte: In einem ersten Schritt hat der Vermieter dem Mieter schriftlich Frist von mindestens 30 Tagen zur Zahlung anzusetzen und ihm die Kündigung des Mietverhältnisses bei unbenütztem Ablauf der Zahlungsfrist anzudrohen (Abs. 1). Bezahlt der Mieter den Ausstand nicht innert gesetzter Frist, so kann ihm der Vermieter in einem zweiten Schritt unter Beachtung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Abs. 2).

Von der Berufungsklägerin wird in der Berufungsbegründung nicht bestritten, dass die Berufungsbeklagten ein Schreiben mit einer entsprechenden Frist zur Bezahlung des ausstehenden Mietzinses gesandt haben, welches aber aufgrund der nicht erfolgten Abholung des Einschreibens erst ab dem 14. April 2017 seine Wirkung entfaltetete (vgl. zum Zeitpunkt der Wirksamkeit einer eingeschrieben zugestellten, aber nicht abgeholtten Zahlungsaufforderung: BGE 119 II 147 E. 2 S. 149 f. und 140 III 244 E. 5.1 S. 248; Spirig, in: Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016, S. 711). Die Berufungsklägerin bestreitet im Berufungsverfahren zu Recht auch nicht, dass die Zahlungsaufforderung resp. Androhung der Kündigung bei ausbleibender Zahlung wirksam war. Die Berufungsklägerin macht aber geltend, dass sie mit der (vorher angekündigten) Zahlung des Mietzinses an die Schlichtungsstelle ihrer Zahlungspflicht nachgekommen sei. Aus diesem Grund sei die nach Ablauf der Zahlungsfrist erfolgte Kündigung nicht wirksam (Berufung, S. 2 f.). Sie beruft sich damit sinngemäss auf das Hinterlegungsrecht gemäss Art. 259g OR, welches der Mieterschaft unter gewissen Bedingungen erlaubt, den Mietzins nicht mehr, wie vertraglich geschuldet, an die Vermieterschaft zu leisten, sondern bei der Schlichtungsstelle zu hinterlegen. Wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, greift hier eine gesetzliche Zahlungsfiktion und der gemäss Art. 257d OR für die ausserordentliche Kündigung erforderliche Zahlungsverzug wird damit verhindert (Roy, in: Mietrecht für die Praxis, 9. Auflage, Zürich 2016, S. 269 f.).

2.4.2 Die gesetzlich fixierten Voraussetzungen verlangen gemäss Art. 259g OR von der Mieterschaft für die Rechtmässigkeit der Hinterlegung die Beachtung folgender Voraussetzungen (vgl. BGer 4C.264/2003 vom 3. Dezember 2003 E. 3.1 [= MRA 1/04 S. 10 ff.]):

- Der Mieter muss vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels verlangen.
- Der Mieter muss dem Vermieter die eigentliche Hinterlegung der Mietzinse erneut schriftlich ankündigen.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten die von ihr monierten Mängel angezeigt hat. Ebenso ist nachgewiesen, dass die Berufungsklägerin die Beseitigung des Mangels gefordert und die Hinterlegung des Mietzinses angekündigt hat. Das Zivilgericht hat aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Berufungsklägerin es entgegen den Anforderungen gemäss Art. 259g OR versäumt habe, der Vermieterschaft in ihrem Schreiben vom 10. März 2017 eine Frist zur Mängelbeseitigung anzusetzen (angefochtener Entscheid, E. 2.5.4). Das Zivilgericht hat desgleichen zu Recht und in Übereinstimmung mit herrschender Lehre und Rechtsprechung dargelegt, dass eine Hinterlegung, welche nicht auf einer vorgenannten Ankündigung mit Fristansetzung basiert, nicht als rechtmässig zu betrachten ist und daher nicht als gültige Zahlung angenommen werden kann (angefochtener Entscheid, E. 2.5.5 f.). Die Möglichkeit zur Hinterlegung des Mietzinses gemäss Art. 259g OR dient der Durchsetzung des Anspruches auf Beseitigung von Mängeln an der Mietsache (BGer 4C.264/2003 vom 3. Dezember 2003 E. 3.3; Roy, a.a.O., S. 265). Wenn die Mieterschaft in ihrer Androhung der Hinterlegung keine Frist für die Mängelbeseitigung angibt, kann auch nicht überprüft werden, ob die angesetzte Frist angemessen war. Wenn der Vermieterschaft entgegen den Anforderungen von Art. 259g OR keine Frist zur Beseitigung des Mangels gesetzt wird, handelt es sich nicht mehr um ein (gesetzlich vorgesehenes) Druckmittel zur Durchsetzung des Anspruches auf Mängelbeseitigung, sondern um eine Verweigerung der Vertragserfüllung, ohne der Gegenseite überhaupt die Möglichkeit einzuräumen, innert

angemessener Frist ihrerseits für eine ordnungsgemässe Erfüllung des Vertrags zu sorgen. Ein solches Vorgehen ist aber gemäss Art. 259g OR nicht rechtmässig resp. verhindert nicht den Verzug gemäss Art. 257d OR. Unterlässt die Mieterschaft wie hier eine Mitteilung, welche alle vorerwähnten Elemente enthält, so vermag sie sich bei der anschliessend erfolgten Hinterlegung des Mietzinses von ihren Zahlungspflichten nicht zu befreien mit der Konsequenz, dass sie in Zahlungsverzug gerät und der Vermieter nach Art. 257d OR vorgehen kann (BGer 4C.264/2003 vom 3. Dezember 2003 E. 3.3). Die Berufungsbeklagten waren daher, trotz der Zahlung des Mietzinses an die Schlichtungsstelle, vorliegend dazu berechtigt, das Vertragsverhältnis gemäss dieser Bestimmung zu kündigen, was sie unbestrittenermassen auch getan haben.

2.4.3 Da die Hinterlegung ohne Einhaltung der formellen Voraussetzungen erfolgt ist, musste das Zivilgericht auch nicht prüfen, ob die Hinterlegung des Mietzinses materiell-rechtlich gerechtfertigt war (vgl. zu den Folgen einer formell korrekten, aber materiell-rechtlich unzulässigen Hinterlegung: BGE 125 III 120 E. 3 S. 123 f.). Immerhin ist zu bemerken, dass im vorliegenden Fall die Mängelrügen der Berufungsklägerin nicht ohne Reaktion seitens der Berufungsbeklagten geblieben sind. Diese haben sich vielmehr um eine Sanierung der Wohnung gekümmert und der Berufungsklägerin und ihren beiden Söhnen für die Zeit der Sanierung den Aufenthalt in einem Hotel finanziert (vgl. die entsprechenden Ausführungen in der Berufungsbegründung, S. 2).

2.4.4 Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin (Berufung, S. 2 f.) waren die Berufungsbeklagten nicht dazu verpflichtet, in ihrer Nachfristansetzung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR die von der Berufungsklägerin angekündigte Hinterlegung ausdrücklich zurückzuweisen. Ebenso wenig waren sie verpflichtet, sich bei der Schlichtungsstelle nach dem Eingang einer Zahlung seitens der Berufungsklägerin zu erkundigen, dies umso mehr, als die Berufungsbeklagten mangels einer entsprechenden Anzeige durch die Berufungsklägerin gar nicht wussten, dass diese den Mietzins nun effektiv hinterlegt hatte (dazu Roy, a.a.O., S. 267). Die Berufungsbeklagten sind ihren gesetzlich vorgesehenen Obliegenheiten im Hinblick auf eine ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzug in jeder Hinsicht nachgekommen. Nachdem die Zahlung auch innert der Nachfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR nicht bei den Berufungsbeklagten eingegangen ist, waren diese gemäss Art. 257d Abs. 2 OR ohne Weiteres zur Kündigung berechtigt. Es bestand auch kein Erfordernis zu einer vorherigen Anhörung der Mieterschaft. Hätte die Berufungsklägerin die nach dem Ausbleiben der Zahlung innert der Nachfrist ausgesprochene Kündigung als treuwidrig anfechten wollen, hätte sie dies ohnehin innert der in Art. 273 Abs. 1 OR erwähnten Frist tun müssen. Dies hat sie unbestrittenermassen unterlassen. Eine Anfechtung der Kündigung wegen eines allfälligen Verstosses gegen Treu und Glauben gemäss Art. 271 ff. OR ist danach nicht mehr möglich.

### **E. 3**

3.1 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zivilgericht zu Recht von einem klaren Fall im Sinn von Art. 257 ZPO ausgegangen ist und das Ausweisungsgesuch der Berufungsbeklagten gutgeheissen hat. Die Berufung ist dementsprechend abzuweisen.

3.2 Wird die Berufung abgewiesen, trägt die Berufungsklägerin die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin hat indessen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Gemäss Art. 117 ZPO besteht Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die gesuchstellende Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt

(lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Der angefochtene Entscheid basiert auf ausgewiesener Rechtsprechung des Bundesgerichts. Da die Berufungsklägerin die im Mai 2017 erhaltene Kündigung nicht innerhalb der entsprechenden Frist als rechtsmissbräuchlich angefochten hat, musste das Zivilgericht auch nicht prüfen, ob die Kündigung in Kenntnis der angekündigten Hinterlegung des Mietzinses bei der Schlichtungsstelle allenfalls als Verstoss gegen Treu und Glauben qualifiziert werden müsste. Die gegen den Entscheid erhobene Berufung muss daher als aussichtslos bezeichnet werden. Aus diesem Grund ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Auf die Erhebung von Gerichtskosten ist aber umständehalber zu verzichten. Den Berufungsbeklagten sind aufgrund des Verzichts auf Einholung einer Berufungsantwort keine weiteren Kosten entstanden sind. Es liegen daher keine ausserordentlichen Kosten vor.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.