

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.46 vom 24. September 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2015.46](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2015.46)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.46 du 24 septembre 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.46 del 24 settembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die von den Vermieterinnen beantragte Mietersausweisung wurde im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO beurteilt. Entscheide in miet- und pachtrechtlichen Ausweisungsverfahren, die im Verfahren nach Art. 257 ZPO ergangen sind, unterliegen nach den allgemeinen Voraussetzungen der Berufung oder der Beschwerde (Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Genf/Basel 2013, N 339). Massgebend für die Frage, welches Rechtsmittel zur Anwendung gelangt, ist der Streitwert. Sofern dieser mindestens CHF 10'000.■ beträgt, unterliegt der Entscheid der Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO), ansonsten der Beschwerde.

Nach der Praxis des Appellationsgerichts (vgl. AGE BEZ.2012.59 vom 10. August 2012 E. 1.1) entspricht in einem Ausweisungsverfahren, bei dem jedenfalls sinngemäss die Gültigkeit der Kündigung und/oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses strittig ist, der Streitwert dem Mietzins, der bis zum Zeitpunkt geschuldet ist, auf den frühestens eine neue Kündigung ausgesprochen werden könnte, sollte sich die Kündigung als ungültig erweisen. Dieser Zeitraum bestimmt sich unter Berücksichtigung der Sperrfrist von drei Jahren gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR (sog. Sperrfristregel; BGer 4A\_176/2012 vom 28. August 2012 E. 1.2; BGE 137 III 389 E. 1.1 S. 390 f.; AGE BE.2011.105 vom 6. September 2011 E. 1.1; AGE ZB.2011.15 vom 9. September 2011 E. 1.2.). Dies gilt für das Rechtsmittelverfahren selbst dann, wenn mögliche Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgründe vorinstanzlich nicht geltend gemacht worden sind, zumal das Gericht von Amtes wegen Nichtigkeits- und Unwirksamkeitsgründe überprüfen kann (AGE BEZ.2012.59 vom 10. August 2012 E. 1.1; AGE BE.2011.105 vom 6. September 2011 E. 1.1), auch wenn der Mieter dies nicht oder nur ansatzweise moniert. Im vorliegenden Fall macht die Mieterin Formmängel sowohl der Kündigungsandrohung wie auch der Kündigung selbst und damit deren Nichtigkeit geltend (Berufung, Rz 7 und 8). In einem solchen Fall ist zur Bestimmung des Streitwerts von der sog. Sperrfristregel auszugehen. Der monatliche Bruttomietzins beträgt CHF 1'700.■, womit der erforderliche Streitwert von CHF 10'000.■ gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO erreicht wird (36 Monate à CHF 1'700.■ = CHF 61'200.■).

1.2 Die Berufung ist nach der Zustellung des begründeten Entscheids am 3. September 2015 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 der Ausschuss des Appellationsgerichts zuständig (§ 10 Abs. 2 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO; SG 221.100]). Der Ausschuss kann sowohl die Rechtsanwendung als auch die Feststellung des Sachverhalts überprüfen (Art. 310 ZPO).

## E. 2

2.1 Das Zivilgericht führt im angefochtenen Entscheid einleitend aus, dass das Gericht gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechtsschutz im summarischen Verfahren gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Das Zivilgericht hat die Rechtslage für klar gehalten, weil die Mieterin zugestandenermassen die Miete nicht innerhalb der mit der Kündigungsandrohung gesetzten Frist bezahlt habe. Die Vermieterinnen seien deshalb befugt gewesen, am 28. Mai 2015 ausserordentlich, d.h. mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen, auf den 30. Juni 2015 zu kündigen, auch wenn die Kündigungsandrohung vom 14. April 2014 nicht ausdrücklich auf das Recht zur fristlosen Kündigung bei ausbleibender Zahlung hingewiesen habe (angefochtener Entscheid, E. 1).

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 dieser 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 rügt zunächst Nichtigkeit der Kündigung infolge Formmangels. Die Kündigung des Mietverhältnisses sei durch die Vertreterin der Vermieterinnen unterzeichnet worden. Es sei im Verfahren vor der Vorinstanz nicht dargelegt worden, ob die unterzeichneten Vertreter tatsächlich zur Vertretung der Berufungsbeklagten befugt gewesen seien. Das Vertretungsverhältnis sei ihr, der Berufungsklägerin, nicht mittels Vollmacht belegt worden, und es sei auch nicht belegt, dass die Unterzeichnenden der Kündigung tatsächlich für die D\_\_\_\_\_ AG zeichnungsberechtigt seien (Berufung, Rz 7).

An der zivilgerichtlichen Verhandlung hat die Berufungsklägerin noch nicht geltend gemacht, dass es an einem rechtsgenügenden Nachweis der Berechtigung der D\_\_\_\_\_ AG

zur Kündigung des Mietverhältnisses fehle (vgl. Protokoll der zivilgerichtlichen Verhandlung vom 11. August 2015, S. 2 f.). Die Behauptung ist neu und damit nicht geeignet, die Liquidität des Sachverhalts im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung in Frage zu stellen. Ob der Einwand der nicht nachgewiesenen Stellvertretungsbefugnis zulässigerweise erstmals im Berufungsverfahren erhoben werden darf (vgl. E. 1.1 vorne), kann offengelassen werden, da das Vorbringen sich als rechtsmissbräuchlich erweist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt unter anderem rechtsmissbräuchlich, wer ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden (BGE 138 III 401 E. 2.4.1 S. 405). Kündigt die Vermieterin das Mietverhältnis, kann sie sich bei der Abgabe ihrer Erklärung ohne Weiteres von einer Drittperson, namentlich durch die Liegenschaftsverwaltung, vertreten lassen. Das Vertretungsverhältnis muss sich gemäss Art. 32 Abs. 2 OR unzweideutig aus dem Kündigungsschreiben, dem Kündigungsformular oder aus den Umständen ergeben. Damit werden die Identität des Erklärenden und die Authentizität seiner Kündigung sichergestellt. Kann die gekündigte Partei im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigung das Vertretungsverhältnis nicht erkennen, ist die Kündigung unwirksam (Lachat/Thanei, in: Lachat et al. [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 508; Higi, in: Zürcher Kommentar. Die Miete, Art. 266-268b OR, Zürich 1995, Vorbem. Art. 266-266o N 69 ff.). Im vorliegenden Fall geht das Vertretungsverhältnis aus dem Kündigungsformular vom 28. Mai 2015 ausdrücklich hervor. Als Absender wird angegeben "Frau C\_\_\_\_ + Frau B\_\_\_\_, p.A. D\_\_\_\_ AG ( )". Nachdem die D\_\_\_\_ AG offenbar schon seit längerem die Liegenschaftsverwaltung innehatte ■ der anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung eingereichte Kontoauszug der D\_\_\_\_ AG weist Mietzinsbuchungen seit dem 1. Januar 2013 aus ■, konnte angesichts dieser klaren Angaben keine Zweifel über die Absenderinnen und die Zurechenbarkeit ihrer Kündigung bestehen, zumal die Berufungsklägerin auch nicht behauptet, es hätten in der Vergangenheit Unklarheiten bezüglich des Vertretungsverhältnisses bestanden. Sie hat es im Gegenteil unbeanstandet hingenommen. Rügt die Berufungsklägerin somit erst im Berufungsverfahren, dass die Befugnis der D\_\_\_\_ AG zur Kündigung des Mietverhältnisses vorinstanzlich nicht nachgewiesen worden sei, erscheint dies nicht nur als verspätet, sondern auch als rechtsmissbräuchlich (s. auch die vergleichbaren Konstellationen fehlender Unterschriften in BGE 138 III 401 E. 2.4.3 S. 406 und AGE ZB.2015.42 vom 19. August 2015 E. 2.3.1).

2.4 Die Berufungsklägerin rügt sodann, dass die Kündigungsandrohung vom 14. April 2015 nur in allgemeiner Weise die Kündigung im Falle der Nichtzahlung des Mietausstands angedroht habe. Um den Schutzzweck von Art. 257d OR zu erfüllen, müsse die Kündigungsandrohung entgegen der Auffassung der Vorinstanz explizit das Recht des Vermieters erwähnen, bei Zahlungsverzug das Mietverhältnis fristlos zu kündigen. Da die ausserordentliche Kündigung vorliegend formell nicht rechtsgenügend angedroht worden sei, sei sie nichtig (Berufung, Rz 8).

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). Damit die Fristansetzung und Kündigungsandrohung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR ihre Wirkungen entfalten kann, muss sie bestimmte Voraussetzungen bezüglich Form (Schriftlichkeit und Adressaten) und Inhalt erfüllen. Zahlungsaufforderung, Fristsetzung und Kündigungsandrohung müssen so klar und deutlich abgefasst sein, dass der Mieter mit genügender Deutlichkeit erkennen kann, wie hoch sein Ausstand ist, bis zu welchem Zeitpunkt Zahlung verlangt wird und dass sich der Vermieter die Möglichkeit vorbehält, das Mietverhältnis zu beenden, wenn der Rückstand nicht fristgerecht beglichen wird. Es genügt nicht, hierbei in allgemeiner Form auf Art. 257d OR zu verweisen (BGE 136 III 196 E. 2.4.1 S. 198 [= Praxis 2010 Nr. 128];SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 257d N 26;Lachat/Spirig, in: Lachat et al. [Hrsg.], a.a.O., S. 542). Unter diesen Umständen genügt es bezüglich der Kündigungsandrohung nicht, sich lediglich in allgemeiner Form das Kündigungsrecht vorzubehalten, falls der Mieter der Zahlungsaufforderung nicht fristgemäss nachkommt. Entgegen der Auffassung des Zivilgerichts muss die Zahlungsaufforderung ausdrücklich die Androhung enthalten, dass der Vermieter das Mietverhältnis fristlos kündigt. Nur unter dieser Voraussetzung ist er befugt, das Mietverhältnis ausserordentlich zu beenden (Higi, a.a.O., Art. 257d N 33;SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257d N 25;Lachat/Spirig, a.a.O., S. 543).

Führt die Berufungsklägerin vorliegend an, dass das Schreiben der Liegenschaftsverwaltung vom 14. April 2015 ihr nur in allgemeiner Form die Kündigung bei unbenütztem Ablauf der Zahlungsfrist angedroht habe, so kann ihr insoweit gefolgt werden, als besagtes Schreiben in der Tat formell mangelhaft ist. Allerdings führt dieser Mangel entgegen ihrer Auffassung nicht zur Unwirksamkeit der Kündigungsandrohung und damit zur Nichtigkeit der Kündigung. Droht der Vermieter lediglich in allgemeiner Weise mit der Kündigung, verwirkt er damit lediglich das Recht, das Mietverhältnis ausserordentlich zu künden. Das Recht, ordentlich zu künden, bleibt ihm erhalten. Kündigt der Vermieter nach einer ungenügenden Kündigungsandrohung wegen Zahlungsverzugs (Art. 257d OR) wie vorliegend auf einen früheren Termin, so gilt die Kündigung nach der Regelung von Art. 266a Abs. 2 OR für den nächstmöglichen Termin (Higi, a.a.O., Art. 257 N 54;SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257d N 36;Lachat/Spirig, a.a.O., S. 537). Aufgrund dieser Regelung entfaltet die per 30. Juni 2015 ausgesprochene Kündigung ihre Wirkung erst auf den nächstmöglichen gesetzlichen Termin, d.h. per 31. August 2015 (Art. 266c OR). Hat das Zivilgericht die Ausweisung der Berufungsklägerin auf spätestens 30. September 2015 angeordnet, ist dessen Entscheid daher im Ergebnis nicht zu beanstanden. Damit ist die Berufung abzuweisen.

### **E. 3**

Bei diesem Verfahrensausgang hat die Berufungsklägerin dessen Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist der Berufungsbeklagten nicht zuzusprechen, da ihr infolge des Verzichts auf die Einholung einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO) keine Vertretungskosten entstanden sind.

Die Berufungsklägerin hat um unentgeltliche Rechtspflege nachgesucht (Art. 117 ff. ZPO). Die Berufung erscheint angesichts der klaren Bestimmung von Art. 266a Abs. 2 OR als aussichtslos (Art. 117 lit. a ZPO), was auch ihr hat bewusst sein müssen, zumal sie anwaltlich vertreten ist. Unter diesen Umständen ist ihr Gesuch um unentgeltliche

Rechtspflege für das Verfahren vor Appellationsgericht abzuweisen. Dies gilt mutatis mutandis auch für das Verfahren vor Zivilgericht, soweit sich ihre Berufung auch gegen die Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren richtet. Die Kosten des Appellationsgerichtsverfahrens werden in Anbetracht der angespannten finanziellen Lage der Berufungsklägerin auf CHF 400.■ festgelegt.

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