

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.18 vom 30. August 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-08-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2019.18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2019.18)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.18 du 30 août 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2019.18 del 30 agosto 2019

## **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 Mieträumen und somit ein erstinstanzlicher Endentscheid in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. In Ausweisungsverfahren, bei denen die Beendigung des Mietverhältnisses ebenfalls Streitgegenstand ist, entspricht der Streitwert dem Mietwert für drei Jahre (BGE 144 III 346 E. 1.2.2 S. 347 ff.; AGE ZB.2019.2 vom 15. Januar 2019 E. 1.1, ZB.2018.50 vom 11. Dezember 2018 E. 1.1). Im vorliegenden Fall machen die Mieter geltend, die Kündigung sei nichtig. Der monatliche Bruttomietzins beträgt für die Wohnung CHF 2■920.■ und für den Einstellhallenplatz CHF 160.■ (angefochtener Entscheid Tatsachen Ziff. I). Damit beläuft sich der Streitwert auf CHF 110■880.■. Die als Beschwerde bezeichnete Eingabe der Mieter vom 12. Juli 2019 ist folglich entsprechend der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids als Berufung entgegenzunehmen.

1.2 Die Berufung ist rechtzeitig und formgerecht erhoben worden. Darauf ist deshalb einzutreten. Für ihre Beurteilung ist das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig (§ 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, ist die Berufung offensichtlich unbegründet. Aus diesem Grund wurde in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO keine Berufungsantwort eingeholt.

### **E. 2**

2.1 Das Zivilgericht beurteilte das vorliegende Ausweisungsbegehren im Verfahren nach Art. 257 ZPO. Der Rechtsschutz in klaren Fällen setzt gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Von der klagenden Partei wird verlangt, dass sie sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen. Für die Verneinung eines klaren Falls genügt es, dass die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete gerichtliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der klagenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der Einwände der beklagten Partei könne daran nichts ändern. Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des

Anspruchs genügen für die Verneinung eines klaren Falls nicht (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 622 f.; BGer 4A\_701/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.2.1, 4A\_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.5.1). Die Rechtslage, nach welcher die klagende Partei die anspruchsbegründenden Tatsachen voll zu beweisen hat und sich die beklagte Partei mit substantiierten und schlüssigen Einwendungen begnügen kann, führt dazu, dass die klagende Partei auch den Beweis für den Nichtbestand des diesen zugrunde gelegten Tatsachenfundaments erbringen muss, wenn er liquide Verhältnisse schaffen will. Damit kommt der Frage der Beweislastverteilung im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO keine entscheidenderhebliche Bedeutung zu (BGE 138 III 620 E. 6.2 S. 624 f.; BGer 5A\_710/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2.2.1).

## **E. 2.2**

2.2.1 Die Vermieterin berief sich zur Begründung ihres Ausweisungsgesuchs auf die Beendigung des Mietverhältnisses durch ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstands gemäss Art. 257d des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) (angefochtener Entscheid E. 2.2). Der Wohnungsmietvertrag und der Einstellhallenplatzmietvertrag wurden von der Mieterin 1 und dem Mieter 2 abgeschlossen. Die Mieterin 1 ist die Tochter des Mieters 2. Die Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung und die Kündigung wurden der Mieterin 1 und dem Mieter 2 zugestellt (angefochtener Entscheid E. 3.1.1 f.). Die Mieter machen geltend, die Kündigung sei nichtig, weil es sich beim Mietobjekt um die Familienwohnung der Mieterin 1 und ihres Ehemanns handle und diesem keine separate Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung und keine separate Kündigung zugestellt worden seien (Berufung vom 12. Juli 2019).

2.2.2 Mit der Eingabe vom 2. Mai 2019 beantragten die Mieter eine mündliche Verhandlung und ersuchten das Gericht, ■ das Ausweisungsbegehren aufzuheben und die Formalitäten der Kündigung nochmals zu überprüfen, da es hier um eine Familienwohnung handelt. ■ Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB, SR 210) tragen die Mieter die Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass es sich beim Mietobjekt um eine Familienwohnung im Sinn von Art. 266m und Art. 266n OR handelt (vgl. Bachofner, Die Mieterausweisung, Zürich 2019, N 224 und 446). Im vorliegenden Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen hat dies entgegen der Ansicht des Zivilgerichts (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.2) zwar nicht zur Folge, dass die Mieter das Tatsachenfundament ihrer Behauptung, das Mietobjekt sei eine Familienwohnung, beweisen müssen. Aus dem Umstand, dass es sich bei der Behauptung, das Mietobjekt sei eine Familienwohnung, um eine Einwendung handelt, für deren tatsächliche Voraussetzungen grundsätzlich die Mieter die Beweislast tragen, ergibt sich aber, dass die Vermieterin das Nichtvorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen einer Familienwohnung nur dann zu beweisen hat, wenn die Mieter das Vorliegen einer solchen substantiiert und schlüssig behaupten (vgl. oben E. 2.1). Dies haben die Mieter im vorliegenden Fall unterlassen. Als Familienwohnung im Sinn von Art. 266m und Art. 266n OR wird eine Wohnung bezeichnet, in der zwei Ehegatten bzw. zwei eingetragene Partner ihren gemeinsamen Haushalt haben und in der sich der Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens befindet (Bachofner, a.a.O., N 224). Die Mieter machten in ihrer Eingabe vom 2. Mai 2019 keinerlei Angaben dazu, wer im Mietobjekt wohne. Damit haben sie ihre Behauptung, es handle sich dabei um eine Familienwohnung, in keiner Art und Weise substantiiert. Folglich hatte die Vermieterin das Nichtvorhandensein der tatsächlichen

Voraussetzungen einer Familienwohnung nicht zu beweisen.

Aufgrund der Akten hat das Zivilgericht aus den nachstehenden Gründen zur Überzeugung gelangen dürfen und müssen, dass das Mietobjekt keine Familienwohnung im Sinn des Mietrechts ist und eine eingehende Abklärung des Einwands der Mieter daran nichts ändern könnte. In den gesamten bis zum Entscheid des Zivilgerichts vom 29. Mai 2019 vorliegenden Akten findet sich nicht der geringste Hinweis darauf, dass die Mieterin zusammen mit ihrem Ehemann im Mietobjekt wohnen könnte. Zur von den Mietern selbst beantragten Verhandlung sind diese unentschuldig nicht erschienen. Das Zivilgericht stellte deshalb zu Recht fest, aus dem ihm vorliegenden Prozessmaterial ergäben sich keine Hinweise, dass es sich beim Mietobjekt um eine Familienwohnung im Sinn des Mietrechts handle (angefochtener Entscheid E. 3.2). Im Wohnungsmietvertrag und im Einstellhallenplatzmietvertrag werden als Mieter der Mieter 2 und seine Tochter (Mieterin 1) genannt. Im Ausweisungsgesuch wurde in der Rubrik Nutzung ■Familienwohnung■ angegeben und die Frage, ob der Ehegatte des Mieters im Mietobjekt wohne, verneint mit dem Hinweis, der Vater der Mieterin wohne im Mietobjekt. Unter diesen Umständen erwog das Zivilgericht zu Recht, die Akten legten den Schluss nahe, die Mieter gingen fälschlicherweise davon aus, dass auch eine von der Tochter und deren Vater gemietete und bewohnte Wohnung eine Familienwohnung im Sinn des Mietrechts sei (angefochtener Entscheid E. 3.2).

2.2.3 Nach der Zustellung des Dispositivs des Entscheids vom 29. Mai 2019 behaupteten die Mieter mit Eingabe vom 13. Juni 2019 (Postaufgabe 15. Juni 2019), dem Ehegatten der Mieterin, F\_\_\_\_, sei weder eine Zahlungsaufforderung noch eine Kündigung zugestellt worden, obwohl der Vermieterin im Juli 2018 bei der Wohnungsübergabe mitgeteilt worden sei, dass die Mieterin verheiratet sei. Zudem reichten sie eine Anmeldebescheinigung/Bestätigung des Migrationsamts vom 20. März 2019 ein, gemäss der F\_\_\_\_ an der [...] und damit an der Adresse des Mietobjekts wohnt. Diese Behauptungen und dieses Beweismittel, die mit der Berufung vom 12. Juli 2019 erneut vorgebracht worden sind, könnten nur noch unter den Voraussetzungen des Novenrechts im Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz haben vorgebracht werden können (lit. b). Wenn die Mieterin zusammen mit ihrem Ehemann im Mietobjekt gewohnt hat, ist es unverständlich, weshalb die Mieter in der Eingabe vom 2. Mai 2019, in der sie sich auf das Vorliegen einer Familienwohnung berufen haben, mit keinem Wort erwähnt haben, dass die Mieterin verheiratet sei und ihr Ehemann im Mietobjekt wohne. Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist es, weshalb die Mieter von der Möglichkeit, den Sachverhalt anlässlich der mündlichen Verhandlung des Zivilgerichts zu klären, keinen Gebrauch gemacht haben. Schliesslich wurden die Mieter mit Verfügung vom 8. Mai 2019 darauf hingewiesen, dass sie sämtliche Unterlagen, auf die sie sich stützen möchten, an die Verhandlung des Zivilgerichts mitzubringen haben, soweit sie diese noch nicht eingereicht haben. Angesichts dieses Hinweises ist es auch unverständlich, weshalb die Mieter die bereits am 20. März 2019 ausgestellte Anmeldebescheinigung/Bestätigung nicht zur Verhandlung des Zivilgerichts vom 29. Mai 2019 mitgebracht oder vor dieser Verhandlung eingereicht haben. Aus den vorstehenden Gründen hätten die Mieter die in der Eingabe vom 13. Juni 2019 und der Berufung vorgebrachten Noven bei Anwendung der ihnen auch als juristischen Laien zumutbaren minimalsten Sorgfalt bereits vor dem

Entscheid des Zivilgerichts vom 29. Mai 2019 vorbringen können und müssen. Folglich sind die Behauptungen und das Beweismittel nicht zu berücksichtigen. Damit ist die Feststellung des Zivilgerichts nicht zu beanstanden, dass auch hinsichtlich des Nichtvorhandenseins der tatsächlichen Voraussetzungen einer Familienwohnung im Sinn von Art. 266m und Art. 266n OR ein klarer Fall vorliegt, .

2.2.4 Dass die übrigen Voraussetzungen der Beendigung des Mietverhältnisses durch ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstands gemäss Art. 257d OR erfüllt sind, bestreiten die Mieter nicht. Diesbezüglich kann deshalb vollumfänglich auf die Erwägungen des Zivilgerichts verwiesen werden (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3.1.1-3.1.3).

2.3 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist.

### **E. 3**

3.1 Mit Gesuch vom 16. August 2019 (datiert mit 7. August 2019) ersuchte die nunmehr anwaltlich vertretene Mieterin 1 um unentgeltliche Rechtspflege.

Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst gemäss Art. 118 Abs. 1 ZPO die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (lit. a), die Befreiung von den Gerichtskosten (lit. b) und die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeistandin oder eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (lit. c). Für die Mittellosigkeit gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (AGE ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 7.1.9; Bühler, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 119 N 38; Rüeegg/Rüeegg, in: Basler Kommentar, 3. Auflage, 2017, Art. 119 ZPO N 3; a. M. [überwiegende Wahrscheinlichkeit] Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, N 887 f.). Die Gesuchstellerin trifft eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit. Es obliegt ihr, die eigenen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie diejenigen ihres Ehemanns umfassend, vollständig und klar darzulegen und soweit möglich zu belegen (AGE ZB.2016.39 vom 20. Juli 2017 E. 7.1.9; Bühler, a.a.O., Art. 119 N 90). Zur Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit sind dem Gesuch unter anderem der Lohnausweis des Vorjahrs, aktuelle Lohnabrechnungen sowie aktuelle Bank- und Postkontoauszüge beizulegen (vgl. Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 772). Wenn die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist, ist das Gericht nicht verpflichtet, ihr bei Einreichung eines unvollständigen oder unklaren Gesuchs eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Wenn eine anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ihren Obliegenheiten nicht genügend nachkommt, kann das Gesuch vielmehr ohne weitere Vorkehren mangels ausreichender Substanziierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_44/2018 vom 5. März 2018 E. 5.3, 5A\_536/2016 vom 19. Dezember 2016 E. 4.1.2; Wuffli/Fuhrer, a.a.O., N 815 und 851; a. M. Bühler, a.a.O., Art. 119 ZPO N 109).

Die anwaltlich vertretene Mieterin 1 behauptet, sie und ihr Ehemann hätten überhaupt kein Vermögen. Sie habe als Hausfrau auch kein Einkommen. Ihr Ehemann arbeite bei der [...] und habe ein Einkommen von ca. CHF 4■700.■. Als Beweismittel reicht sie ausschliesslich einen Betreibungsregisterauszug vom 25. Januar 2019 betreffend ihren Ehemann ein. Zudem kündigt sie die Nachreichung einer Bestätigung der Steuerverwaltung oder der letzten Steuerveranlagung und der Krankenkassenpolice an. Schliesslich erklärt

sie, weitere Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation würden auf Aufforderung des Gerichts hin nachgereicht. Auch unter Mitberücksichtigung der Beweismittel, deren Nachreichung die Mieterin angekündigt hat, ist diese damit ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen. Insbesondere hat sie keinerlei Belege für das Vermögen von ihr und ihrem Ehemann sowie für das aktuelle Einkommen ihres Ehemanns eingereicht oder zur Edition angeboten, obwohl davon auszugehen ist, dass zumindest sie oder ihr Ehemann über mindestens ein Konto verfügt, dessen Stand mit einem Kontoauszug einfach bewiesen werden könnte, und obwohl sie das aktuelle Einkommen ihres unselbständig erwerbstätigen Ehemanns problemlos mit aktuellen Lohnabrechnungen hätte beweisen können. Dass derartige Beweismittel eingereicht werden müssen, hat der anwaltlich vertretenen Mieterin ohne weiteres bewusst sein müssen. Zudem wird auf dem von ihr verwendeten Formular des Zivilgerichts für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darauf hingewiesen, dass alle Angaben zu den finanziellen Verhältnissen zu belegen sind, und werden dort der Lohnausweis des Vorjahrs, die letzten drei Lohnabrechnungen sowie aktuelle Bank- und Postauszüge ausdrücklich als mögliche Beilagen erwähnt. Unter diesen Umständen hatte der Verfahrensleiter die Mieterin nicht darauf hinzuweisen, welche Beweismittel fehlen, und ihr keine Nachfrist für deren Nachreichung anzusetzen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist vielmehr mangels Glaubhaftmachung der Mittellosigkeit abzuweisen.

Alsaussichtslos gelten Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind (BGE 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218; AGE BEZ.2019.14 vom 13. Februar 2019 E. 2). Die Gewinnaussichten der vorliegenden Berufung sind beträchtlich geringer als die Verlustgefahren, weil sie aus den vorstehenden Erwägungen (vgl. oben E. 2) klarerweise abzuweisen ist. Die für den Entscheid massgebenden Verhältnisse haben sich seit der Einreichung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege nicht verändert. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist deshalb auch wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen.

Schliesslich wäre die unentgeltliche Verbeiständung auch mangels Notwendigkeit abzulehnen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurde erst gestellt, nachdem die Mieter persönlich die Berufung eingereicht hatten und die Berufungsfrist längst abgelaufen war. Da keine Berufungsantwort eingeholt worden ist, gibt es keine weitere Prozesshandlung der Mieterin, bei der eine anwaltliche Vertretung zur Wahrung ihrer Rechte erforderlich sein könnte.

3.2 Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens tragen die unterliegenden Mieter die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden gestützt auf § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 2 Ziff. 10 des Reglements über die Gerichtsgebühren (GGR, SG 154.810) auf CHF 600.■ festgesetzt. Eine Parteientschädigung ist der Vermieterin nicht zuzusprechen, weil ihr infolge des Verzichts auf die Einholung einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO) keine nennenswerten Vertretungskosten entstanden sind.

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