

# **SG\_KANTONSGERICHT BS.2023.5-EZO3 vom 15. September 2023**

Sg Kantonsgericht, 2023-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_BS.2023.5-EZO3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_BS.2023.5-EZO3)

FR: SG\_KANTONSGERICHT BS.2023.5-EZO3 du 15 septembre 2023

IT: SG\_KANTONSGERICHT BS.2023.5-EZO3 del 15 settembre 2023

## **Regeste**

Art. 257d und 271 OR; Art. 257 ZPO: Rechtsschutz in klaren Fällen, Nichteintreten; Auch im Rahmen einer ausserordentlichen Kündigung muss das Kündigungsschreiben keine Begründung enthalten, wenn der Empfänger die Ausserordentlichkeit der Kündigung erkennen kann. Ob diese Erkennbarkeit bereits gegeben ist, wenn die in der Kündigung angeführte Kündigungsfrist nicht der ordentlichen entspricht, ist in der Lehre umstritten sowie in der Rechtsprechung ungeklärt, weshalb klares Recht zu verneinen ist. Dies gilt auch, wenn der Kündigung eine Zahlungsaufforderung vorausgegangen ist (E. III/5). (Kantonsgericht, Einzelrichterin im Obligationenrecht, 15. September 2023, BS.2023.5-EZO3).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

B. \_\_ als Mieter und A. \_\_ als Vermieterin unterzeichneten am 31. August 2014 einen Mietvertrag über eine "2½-Zimmer-Wohnung bzw. Büroräumlichkeiten" im Erdgeschoss an der U. \_\_strasse yy in X. \_\_ zur Benutzung als "Gewerberäume (z.B. Kiosk oder Büro)" mit Mietbeginn am 1. September 2014 (ges.act. 1). Dabei vereinbarten sie einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 650.00 (Fr. 500.00 netto zuzüglich Fr. 150.00 für Heiz- und Neben- kosten). Am 25. Januar 2023 (Datum der Postaufgabe) kündigte die Vermieterin das Miet- verhältnis unter Verwendung des gesetzlich vorgeschriebenen Formulars per 28. Februar 2023 (ges.act. 8).

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 7. März 2023 (Datum des Poststempels) ersuchte die Vermieterin beim Kreisgericht V. \_\_ im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen um die sofortige Ausweisung des Mieters sowie die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen (vgl. auch die eingangs vollständig zitierten Rechtsbegehren; vi-act. 1). Mit Eingabe vom 20. März 2023 ersuchte der Gesuchsgegner um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren betreffend Mieterausweisung, was die vorinstanzliche Richterin mit Entscheid vom 22. März 2023 bewilligte (UP.2023.91). Mit Stellungnahme vom 3. April 2023 beantragte der Gesuchsgegner, auf das Ausweisungsbegehren sei nicht einzutreten (vi-act. 14). Am 8. Juni 2023 gab die Einzelrichterin des Kreisgerichts dem Ausweisungsgesuch mit dem hiervor zitierten Entscheid statt.

### **E. 3**

Aufl., Art. 317 N 34; BGer 5A\_739/2012 E. 9.2.2). Nicht unter das Novenrecht fallen neue Vorbringen rechtlicher Art. Solche sind (im Rahmen des ordentlichen Ganges des [Berufungs-]Verfahrens) jederzeit und voraussetzungslos zulässig. Dies ergibt sich aus dem

Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 317 N 31 und 33). b) Sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner bringen im Berufungsver- fahren neue Tatsachenbehauptungen vor. Auf deren Zulässigkeit unter dem Aspekt des Novenrechts ist – soweit entscheidrelevant – nachfolgend im jeweiligen Sachzusammen- hang einzugehen. 5.a) Gemäss dem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessenden sogenannten Replikrecht hat eine Partei Anspruch darauf, von jeder dem Gericht eingereichten Stel- lungnahme der Gegenseite Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, und zwar unabhängig davon, ob die Stellungnahme neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Dieses Replikrecht führt dazu, dass ein Berufungskläger nach Erstattung der Berufungsantwort zu den darin gemachten Ausführungen selbst dann Stellung beziehen darf, wenn das Gericht keinen zweiten Schriftenwechsel oder eine Verhandlung angeordnet hat. Allerdings wird eine solche Stel- BS.2023.5-EZO3 6/18

lungnahme inhaltlich nur soweit berücksichtigt, als sie Ausführungen enthält, die nicht schon früher hätten vorgebracht werden können und müssen. Dabei hat sich der Beru- fungskläger unverzüglich zu äussern und, weil es nicht Aufgabe des Gerichts ist, danach zu forschen, darzutun, inwiefern der Gehörsanspruch die weitere Eingabe rechtfertigt. Die Replik darf im Übrigen nicht dazu verwendet werden, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGE 142 III 48 E. 4.1.1; BGE 139 I 189 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGer 4A\_213/2015 E. 2.1.2; BGer 4A\_278/2014 E. 2.2; BGer 4A\_510/2011 E. 1; vgl. auch REETZ/HILBER, ZPO Komm., Art. 316 N 8 und N 45 sowie Art. 317 N 12 und N 25; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 4.63). b) In seiner Stellungnahme vom 24. Juli 2023 (B/9) bezieht sich der Gesuchsgegner ausschliesslich auf von der Gesuchstellerin mit der Berufungsantwort vorgebrachte No- ven, womit sie grundsätzlich berücksichtigt werden kann. III. 1.a) Der Gesuchsgegner bringt mit seiner Berufung zunächst allgemein vor, die Voraus- setzungen für den Rechtsschutz in klaren Fällen seien nicht gegeben (Berufung, S. 3 f.). Rechtsschutz im summarischen Verfahren werde vom Gericht nur gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten und (recte: oder) sofort beweisbar sei und wenn zudem die Rechtslage klar sei. Wende man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ergebe sich ohne Weiteres, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben sei. b) Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, ist auf ein entsprechendes Gesuch nicht einzutreten (BGE 140 III 315 E. 5.3). Der Sachverhalt ist sofort beweisbar, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 ZPO). Der Rechtsschutz in klaren Fällen unterliegt keiner Beschränkung der Beweisstrenge. Blosses Glaubhaftma- chen genügt nicht. Die Gesuchstellerin hat den vollen Beweis der anspruchsbegründen- den Tatsachen zu erbringen. Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen substantiiert und schlüssig, können diese Einwendungen in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden, und sind sie geeignet, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüt- tern, liegt kein klarer Fall mehr vor und auf das Gesuch ist nicht einzutreten (BGE 141 III 23 E. 3.2; BGE 138 III 620 E. 5.1.1; BACHOFNER, Die Mieterausweisung, 2019, N 440 ff.). BS.2023.5-EZO3 7/18

Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen reichen indessen nicht aus, um einen an sich bewiesenen Sachverhalt als illiquid erscheinen zu lassen. In solchen Fällen

kann im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme der vom Gesuchsgegner angeführten Beweismittel verzichtet werden (BGer 4A\_185/2017 E. 3; BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl., Art. 257 N 10a; SVIT-Kommentar-BISANG/KOUMBARAKIS, 4. Aufl., N 162 zu ZPO). Eine klare Rechtslage ist gegeben, 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 (BGE 138 III 620 E. 5.1). 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 (BGE 144 III 462 E. 3.1; BGE 141 III 23 E. 3.2; BGE 138 III 123 E. 2.1.2; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 257 N 5 ff.; BACHOFNER, a.a.O., N 435 f.). Über ein Mieterausweisungsbegehren im Verfahren nach Art. 257 Abs. 1 ZPO kann auch dann entschieden werden, wenn die vorangehende ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstand (Art. 257d OR) vom Mieter gerichtlich angefochten wurde und das resultierende mietrechtliche Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt ist (BGE 144 III 462 E. 3.3.1; BGE 141 III 262 E. 3.2; Mietrecht für die Praxis/BRÜLLHARDT/PÜNTENER, 9. Aufl., S. 151). Allerdings setzt das Ausweisungsbegehren im Verfahren für Rechtsschutz in klaren Fällen wegen Zahlungsrückständen voraus, dass das Mietverhältnis gültig beendet ist. Das Gericht muss daher vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung befinden. Diese darf weder unwirksam, noch nichtig oder anfechtbar sein (BGE 144 III 462 E. 3.3.1; BGE 141 III 262 E. 3.2; BGer 4A\_376/202 E. 4.2.1; BACHOFNER, a.a.O., N 453). Da das Verfahren grundsätzlich der Verhandlungsmaxime untersteht, muss der zugrundeliegende Sachverhalt von den Parteien geltend gemacht und bewiesen werden. Will sich eine Partei wegen Missachtung einer Formvorschrift auf die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit einer Kündigung berufen, trägt sie dafür die Behauptungs- und Beweislast. Folglich obliegt es dem Mieter, vor erster Instanz beispielsweise zu bestreiten, dass er die von Vermieter behauptete Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung erhalten hat. Fehlt diese Bestreitung, muss der Gesuchsteller und Vermieter den Beweis für seine Behauptung nicht erbringen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Das Gericht wendet zwar das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), stützt sich dabei jedoch auf die behaupteten und bewiesenen Tatsachen (BGE 144 III 462 E. 3.3.2; BGer 4A\_577/2010 E. 4.2 und 4.3; vgl. auch SVIT-Kommentar-BISANG/KOUMBARAKIS N 160 zu ZPO). Zu berücksichtigen ist allerdings, BS.2023.5-EZO3 8/18

dass im für mietrechtlichen Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren der Sachverhalt dagegen im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime von Amtes wegen festzustellen ist (Art. 243 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Dabei obliegt dem Gericht jedoch einzig eine verstärkte Fragepflicht. Wie unter dem Verhandlungsgrundsatz im ordentlichen Verfahren haben die Parteien dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten. Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden kann, ist dieser nur zu gewähren, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZPO Komm., Art. 257 N 8; BGE 142 III 515 E. 2.2.4; BGer 4A\_12/2023 E. 4). c) Ob die Vorinstanz diese Grundsätze richtig angewendet hat, ist im Folgenden anhand der mit der Berufungsantwort konkret vorgebrachten Einwände zu prüfen. 2.a) Der Gesuchsgegner bringt mit seiner Berufung weiter vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig

und damit unrichtig festgestellt (Berufung, S. 4 f.). So habe sie nicht berücksichtigt, dass sich die Parteien bereits in einem ordentlichen Verfahren gegenüberstünden, in welchem er, der Gesuchsgegner, die Gesuchstellerin über einen Betrag von Fr. 75'000.00 eingeklagt habe. Dieser Betrag resultiere aus Renovations- und Umbauarbeiten, die er zu Beginn des Mietverhältnisses auf eigene Kosten ausgeführt habe. Die Gesuchstellerin habe einen Darlehensvertrag unterzeichnet, gemäss welchem sie ihm den Betrag von Fr. 75'000.00 bis spätestens am 1. Januar 2022 hätte zurückzahlen müssen, was sie jedoch nicht getan habe. Diese Vorgeschichte der zwischen den Parteien bestehenden Meinungsverschiedenheiten sei für die Würdigung der Frage, ob klares Recht vorliege, von Bedeutung. In Kenntnis dieser Vorgeschichte gehe es nämlich nicht an, ihm, dem Gesuchsgegner, zu unterstellen, seine Bestreitungen seien reine Schutzbehauptungen und offensichtlich unbegründet. Schliesslich dürfe und müsse von einer Einzelrichterin auch im summarischen Verfahren verlangt werden, dass sie Akten aus einem Parallelverfahren (OV.2023.3), welches sie als Verfahrensleiterin im ordentlichen Verfahren leite, beiziehe. Ausserdem habe er – entgegen den Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid – die Klageschrift des Parallelverfahrens mit der Stellungnahme vom 3. April 2023 als gesg.act. 1 eingereicht (Berufung, S. 10). Es stelle sich die Frage, ob die Vorinstanz seine Akten überhaupt angeschaut habe, erwähne sie doch auch sein rechtsrelevantes Schreiben vom 21. März 2022 an die Gesuchstellerin (gesg.act. 2) mit keinem Wort. Dies stelle eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. BS.2023.5-EZO3 9/18

b) Der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO) abgeleitete Anspruch auf Entscheidungsbegründung verlangt, dass die Gerichte ihre Entscheide begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteipunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich das Gericht auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2; BGE 134 I 83 E. 4.1; BGE 133 III 439 E. 3.3). c) Es trifft zu, dass der Gesuchsgegner seine Klageschrift des Parallelverfahrens (betreffend Rückforderung Darlehen) als Beilage zur Stellungnahme vom 3. April 2023 zum Ausweisungsgesuch (vi-act. 14) ins Recht legte (gesg.act. 1). Insofern erweist sich die Erwägung im vorinstanzlichen Entscheid als falsch (vi-Entscheid, S. 7 unten f.). Zutreffend ist allerdings die – vom Gesuchsgegner nicht beanstandete – Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Klageschrift vermöge keine taugliche Verrechnungserklärung nachzuweisen, nehme diese doch keinerlei Bezug auf die ausserordentliche Kündigung oder die vorangegangene Mahnung. Daraus ergibt sich im Übrigen, dass die Vorinstanz die vom Gesuchsgegner eingebrachte Klageschrift durchaus berücksichtigte. Weiter war die Vorinstanz nicht gehalten, von den Parteien eingebrachte Beweismittel zu erwähnen, wenn sie diese nicht als entscheidrelevant erachtete. Entsprechendes gilt für die von der Vorinstanz angeblich unerwähnt und unberücksichtigt gebliebene Vorgeschichte (Forderungsklage des Gesuchsgegners gegen die Gesuchstellerin). Diese blieb allerdings – entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners – nicht völlig unerwähnt im erstinstanzlichen Entscheid (vgl. vi-Entscheid, S. 7). Es nicht zu beanstanden, wenn sich die Vorinstanz nur mit jenen tatsächlichen Behauptungen auseinandersetzt, die sie als entscheidwesentlich erachtet. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt dementsprechend nicht vor. Der

Gesuchsgegner bringt mit seiner Berufung denn auch nicht vor, welchen konkreten Umstand die Vorinstanz noch hätte berücksichtigen sollen oder wie und weshalb dies oder das Schreiben vom 21. März 2022 (ges.g.act. 2) den Entscheid zu seinen Gunsten beeinflusst hätte. Folglich dringt der Gesuchsgegner mit seinen Einwendungen nicht durch. 3.a) Der Gesuchsgegner führt ausserdem aus, es liege kein Zahlungsverzug vor (Berufung, S. 5 ff.). Die Gesuchstellerin sei denn auch nicht in der Lage, einen solchen zu beweisen. Während der Corona-Zeit seien ihm teilweise Mietzinszahlungen erlassen worden BS.2023.5-EZO3 10/18

und auf Wunsch der Gesuchstellerin habe er ab Januar 2021 die Mietzinse mehrheitlich bar geleistet. Aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses habe er es leider unterlassen, Quittungen für die Barzahlungen zu verlangen. Diesen Umstand missbrauche die Gesuchstellerin nun dazu, ihm zu kündigen, nur weil er sein Darlehensguthaben ihr gegenüber im Gerichtsverfahren geltend gemacht habe. Im angefochtenen Entscheid werde ausgeführt, er, der Gesuchsgegner, hätte verstärkt bei der Beweisführung mitwirken müssen, indem er den Gegenbeweis erbringe oder zumindest konkrete Anhaltspunkte aufzeige. Solche Überlegungen seien jedoch im Rahmen der Prüfung des klaren Rechtsschutzes verfehlt. Ausserdem habe er als Beweis seine persönliche Befragung offeriert, was von der vorinstanzlichen Richterin ohne Begründung abgelehnt worden sei. Dadurch sei ihm die (einzige) Beweismöglichkeit genommen worden, was eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle. Ausserdem habe die vorinstanzliche Richterin die sich aus den Akten ergebenden konkreten Anhaltspunkte, die dokumentierten, dass seine Behauptungen zutreffen würden, ausser Acht gelassen. b) Nach den allgemeinen Beweisregeln des Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Die gesuchstellende Vermieterin hat demnach sämtliche Tatsachen, die ihren Anspruch auf Rückgabe des Mietobjekts begründen, darzulegen. Der Mieter als Gegenpartei kann diese Tatsachen bestreiten. Bestreitet der Mieter den Zahlungsrückstand, hat die Vermieterin diesen zu beweisen (BACHOFNER, a.a.O., N 445). Fehlende Zahlungen sind als negative Tatsachen jedoch im strikten Sinne kaum beweisbar. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die Pflicht zum Beweis unbestimmter negativer Tatsachen dadurch gemildert, dass der Beweisgegner nach Treu und Glauben verpflichtet wird, zur Beweisführung beizutragen, indem er das Negativum substantiiert bestreitet und allenfalls das Gegenteil zu beweisen versucht. Verweigert er die Mitwirkung, kann dies im Rahmen der Beweiswürdigung als Indiz für die Richtigkeit der Behauptung der beweispflichtigen Partei gewertet werden; es kommt allerdings nicht zu einer Beweislastumkehr (BGE 139 II 451 E. 2.4; BGE 137 II 313 E. 3.5.2; BGE 119 II 305 E. 1; BGer 1C\_182/2019 E. 4.1; HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl., Art. 150 N 9 f.; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., § 43 N 59). c) Die Gesuchstellerin brachte mit ihrem Gesuch vom 7. März 2023 (Datum des Poststempels) vor, der Gesuchsgegner habe die Mietzinse in Höhe von je Fr. 650.00 (brutto) für die Monate April und Mai 2020, Februar bis April sowie Juni bis Dezember 2021 und Januar bis März 2022 nicht bezahlt (vi.act. 1, S. 2). Zum Beweis legte sie ihre Mahnungen BS.2023.5-EZO3 11/18

vom 2. August und 2. Dezember 2022, eine Zusammenstellung der bezahlten und unbezahlten Mietzinsen sowie den Kontoauszug eines UBS Privatkontos, auf welchem die eingegangenen Mietzinse ersichtlich sind, ins Recht (ges.act. 2, 3, 4 und 7). Der Gesuchs-

gegner entgegnete mit seiner Stellungnahme vom 3. April 2023, es treffe nicht zu, dass er mit Mietzinszahlungen im Verzug sei (vi-act. 14, S. 3). Die Zahlungen, welche die Gesuchstellerin aus ausstehend behauptete, habe diese während Covid teilweise erlassen. Zudem habe er ab Juni 2020 auf Wunsch der Gesuchstellerin die Mietzinse mehrheitlich in bar geleistet. Aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses habe er es unterlassen, Quittungen für die Barzahlungen zu verlangen. Diesen Umstand missbrauche die Gesuchstellerin nun dazu, ihm zu kündigen, nur weil er ein Darlehensguthaben gegenüber der Gesuchstellerin gerichtlich geltend gemacht habe. Zum Beweis offerierte er seine Parteiaussage und legte ein Schreiben vom 21. März 2022 mit dem Betreff "Kündigungsschreiben vom 16. März 2022 Gewerbelokal/Garage U. \_\_strasse yy, X. \_\_" bei, in welchem er der Gesuchstellerin (u.a.) mitteilte, sie habe ihn im März 2020 aufgefordert, die Miete nur noch in bar zu bezahlen, wobei er nie eine Quittung erhalten habe, ausserdem habe sie ihn aufgefordert, für März 2020, als Covid-19-Lockdown gewesen sei, nicht zu bezahlen; er bezahle seit Mai 2020 die Miete in bar und akzeptiere ihre Lügen nicht (gesg.act. 2). Aus den Akten des Parallelverfahrens – deren Beizug der Gesuchsgegner verlangte (vi-act. 14, S. 3) – geht hervor, dass das Schreiben vom 21. März 2022 die Reaktion auf eine Mahnung (für die Mietzinse Februar bis April sowie Juni bis Dezember 2021 und Januar bis März 2022) und Kündigungsandrohung (jedoch nicht Kündigung) der Gesuchstellerin war (kläg.act. 8 im Verfahren OV.2023.3). Zunächst fällt auf, dass der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme nicht konkret behauptete, welche Mietzinse ihm erlassen worden seien. Stellt man auf sein Schreiben vom 21. März 2022 ab, betraf dies lediglich den Mietzins für März 2020. Weiter legte der Gesuchsgegner auch nicht konkret dar, welche Mietzinse er in bar geleistet haben will, sondern brachte lediglich pauschal vor, er habe "ab Juni 2020 die Mietzinse mehrheitlich in bar" bezahlt (vi-act. 14, S. 3). Gemäss seinem Schreiben vom 21. März 2022 bezahlte er die Mietzinsen ab Mai 2020 in bar (in der Berufungsschrift bringt er sodann neu vor, die Mietzinse ab Januar 2021 mehrheitlich in bar geleistet zu haben). Aus dem Kontoauszug der Gesuchstellerin geht jedoch hervor, dass der Gesuchsteller auch nach Mai 2020 immer wieder Mietzinszahlungen auf das Bankkonto der Gesuchstellerin überwies (9. Juni 2020, 7. Juli 2020, 14. September 2020, 6. Oktober 2020, 10. November 2020, 8. Dezember 2020, 6. Januar 2021, 7. Mai 2021, 4. April 2022, 10. Mai 2022 und 2. Juni 2022; ges.act. 7). Schliesslich führte der Gesuchsteller mit keinem Wort aus, wie, wann, wo und unter welchen Umständen er die Mietzinse jeweils bar bezahlt haben will. Damit fehlt es BS.2023.5-EZ03 12/18

an einer substantiierten Bestreitung der schlüssigen Behauptung der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe die Mietzinse für die Monate April und Mai 2020, Februar bis April sowie Juni bis Dezember 2021 und Januar bis März 2022 nicht bezahlt, zumal die Gesuchstellerin ihre Behauptung, der Gesuchsgegner befinde sich im Zahlungsrückstand, was eine negative Tatsache darstellt, mit sämtlichen ihr zumutbaren Beweisen untermauert (ges.act. 2, 3, 4 und 7). Fehlt es aber an einer substantiierten Bestreitung bzw. entsprechenden Tatsachenbehauptungen, besteht auch kein Raum für eine Beweisabnahme. Die Vorinstanz durfte somit ohne Weiteres auf die Parteiaussage des Gesuchsgegners verzichten. Insgesamt ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass es dem Gesuchsgegner mit seinen pauschalen Bestreitungen nicht gelungen ist, hinreichend Zweifel daran zu wecken, dass er sich im Zeitpunkt der Kündigung im Zahlungsrückstand befunden hatte. 4.a) Ferner trägt der Gesuchsgegner vor, er habe das Mahnschreiben vom 2. Dezember 2022 nicht erhalten (Berufung, S. 8 f.). Der Einschreibebrief vom 22. Dezember 2022 habe nicht die Mahnung vom 2. Dezember 2022 enthalten. Es könne ausgeschlossen werden,

dass jemand ein mit 2. Dezember 2023 datiertes Schreiben erst am 22. Dezember 2022 der Post überbe. b) Nach Art. 257d OR kann der Vermieter dem Mieter von Wohnräumen, der sich mit fälligen Mietzinsen oder Nebenkosten im Zahlungsrückstand befindet, unter Ansetzung einer Frist von mindestens 30 Tagen schriftlich die Kündigung des Mietverhältnisses an- drohen. Wird auch innert dieser Frist nicht bezahlt, kann er mit einer weiteren Frist von 30 Tagen ausserordentlich auf das Ende eines Monats kündigen. Eine ausserordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn die vorausgesetzten Gründe nicht vorliegen (vgl. auch Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, 9. Aufl., S. 714; SVIT-Kommentar-REUDDT, 4. Aufl., N 29 zu Art. 257d OR). Das Mietrecht, insbesondere Art. 257d OR, enthält keine Vorschriften dar- über, wie eine Zustellung zu erfolgen hat. Der Vermieter trägt allerdings die Beweislast für Tatsache und Zeitpunkt der Zustellung (Art. 8 ZGB). Bei nachgewiesener rechtzeitiger Aufgabe eines eingeschriebenen Briefes und substanti- ierten Angaben des Absenders über dessen Inhalt (insbesondere durch die Vorlage einer Kopie des Schreibens) besteht eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit dieser Sach- verhaltsdarstellung. Diese Vermutung kann durch den Gegenbeweis umgestossen wer- den, wobei das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung kommt (BGE 142 III 369 E. 4.2; BGer 4A\_447/2011 E. 3; BACHOFNER, a.a.O., N 137). BS.2023.5-EZO3 13/18

c) Die Gesuchstellerin brachte mit ihrem Gesuch vor, sie habe dem Gesuchsgegner mit Schreiben vom 2. Dezember 2022 für die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt und gleichzeitig die Kündigung nach Art. 257d OR angedroht (vi-act. 1, S. 2). Dieses Schreiben sei am 22. Dezember 2022 bei der Post auf- gegeben und am 23. Dezember 2022 zugestellt worden. Das Mahnschreiben sowie die Zustellbestätigung der Post legte sie dem Gesuch bei (ges.act. 3 und 5). Nachdem der Gesuchsgegner mit Stellungnahme vom 3. April 2023 bestritten hatte, das Schreiben er- halten zu haben, beantragte die Gesuchstellerin mit Replikeingabe vom 27. April 2023, der Gesuchsgegner sei zur Edition des ihm am 23. Dezember 2022 zugestellten Schrei- bens zu verpflichten (vi-act. 17, S. 3 f.). Zudem führte sie aus, dass dasselbe Mahn- schreiben auch an die Privatadresse des Gesuchsgegners verschickt, vom Gesuchsgeg- ner allerdings nicht abgeholt worden sei. Zum Beweis reichte sie eine Kopie des ungeöff- neten Couverts ein und bot die Nachreichung des ungeöffneten Originalumschlags an (ges.act. 12 und 13). Mit darauffolgender Stellungnahme vom 4. Mai 2023 machte der Gesuchsgegner zwar geltend, die Replikeingabe der Gesuchstellerin vom 27. April 2023 sei verspätet erfolgt und daher aus dem Recht zu weisen, bestritt jedoch nicht deren Tat- sachenbehauptungen (vi-act. 20). Es ist wohl tatsächlich eher unüblich, eine vom 2. Dezember 2022 datierende Mahnung erst 20 Tage später der Post zu übergeben. Die Gesuchstellerin bringt denn auch keine Erklärung vor für ihr Vorgehen. Allerdings ist es auch nicht völlig ungewöhnlich, ein Schreiben bereits vorzubereiten oder zu verfassen und erst später zu versenden. Sodann bestritt der Gesuchsgegner wiederum lediglich pauschal, bei dem ihm am 23. Dezember 2022 zugestellten Einschreiben habe es sich nicht um das Mahnschreiben vom 2. De- zember 2022 gehandelt, ohne auszuführen, was das Einschreibecouvert sonst beinhalten haben soll. Damit vermag er die natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Sachver- haltsdarstellung der Gesuchstellerin nicht umzustossen. Insgesamt erweisen sich die Einwände des Gesuchsgegners als nicht geeignet, um den von der Gesuchstellerin schlüssig dargelegten und mit Urkunden untermauerten Sachver- halt als illiquid erscheinen zu lassen. Sodann sind auch sonst keine Anhaltspunkte er- sichtlich, die Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der gesuchstellerischen Sach- verhaltsdarstellung

aufkommen lassen würden. Demnach ist von einer ordnungsgemässen und gültigen Zustellung der Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung am 23. Dezember 2022 auszugehen. BS.2023.5-EZO3 14/18

5.a) Schliesslich bringt der Gesuchsgegner vor, die Kündigung genüge den gesetzlichen Anforderungen nicht, da sie keine Begründung enthalte (Berufung, S. 9). Sie entfalte daher keine Rechtswirksamkeit und müsse wiederholt werden. Selbst wenn die vorinstanzliche Richterin anderer Meinung sei, so sei diese in Praxis, Lehre und Rechtsprechung umstritten, weshalb kein klares Recht vorliege und auf das Gesuch nicht einzutreten sei. b) Die Begründung ist bei ordentlichen Kündigungen eines Mietverhältnisses keine Gültigkeitsvoraussetzung (SVIT-Kommentar-FUTTERLIEB, 4. Aufl., N 62 zu Art. 271 OR; Mietrecht für die Praxis/THANEI, 9. Aufl., S. 688; vgl. auch Art. 271 Abs. 2 OR, wonach die Kündigung lediglich auf Verlangen zu begründen ist). Ob entsprechendes auch für ausserordentliche Kündigungen wie die Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d Abs. 2 OR gilt, ist in der Lehre umstritten (bejahend: SVIT-Kommentar-REUDET, N 50 zu Art. 257d OR, HIGI/BÜHLMANN, Zürcher Kommentar, 5. Aufl., Art. 257d OR N 50 und BK-GIGER, 2015, Art. 257d N 81; ablehnend: Mietrecht für die Praxis/SPIRIG, S. 702 [Die Kündigung sei nichtig, wenn sie nicht eine zumindest stichwortartige Begründung enthalte.]; BSK OR I-WEBER, 6. Aufl., Art. 257d N 33 [Für den Empfänger müsse aus der Kündigungsbe- gründung ersichtlich sein, aufgrund welcher Tatsachen ihm fristlos bzw. mit verkürzter Frist gekündigt werde.]; SVIT-Kommentar-FUTTERLIEB, N 66 zu Art. 271 OR [Der Empfän- ger der Kündigung müsse dieser entnehmen können, dass es sich nicht um eine ordentli- che Kündigung handle.]; BACHOFNER, a.a.O., N 132 FN 370 [Werde eine ausserordentli- che Kündigung ausgesprochen, so sei dies dem Mieter kenntlich zu machen, i.d.R. durch Angabe des Kündigungsgrunds.]; WEHRMÜLLER, Die Kündigungsmöglichkeiten des Ver- mieters bei der Miete von Wohnräumen, 2019, N 114 [Es sei angezeigt, einen Hinweis auf den zur Kündigung führenden Sachverhalt bereits im Rahmen der Kündigungserklärung als Gültigkeitserfordernis zu verlangen.]). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen die zur ausserordentlichen Kündigung berechtigenden wichtigen Gründe im Kün- digungsschreiben nicht explizit genannt werden; es sei indessen unerlässlich, dass der Empfänger der Auflösungserklärung entnehmen könne, dass es sich nicht um eine or- dentliche Kündigung handle (BGer 4A\_531/2014 E. 2.2; BGer 4A\_594/2010 E. 2.3; BGer 4C.324/2002 E. 3.2). Ob dies bereits dann der Fall ist, wenn die in der Kündigung angeführte Kündigungsfrist nicht der ordentlichen Kündigungsfrist entspricht (so POLIVKA, in MRA 5/03 S. 165 ff., 172), hat das Bundesgericht – soweit ersichtlich – noch nicht ent- schieden. Gleiches gilt für die Frage, was die Konsequenzen sind, wenn der Kündigung nicht entnommen werden kann, dass es sich um eine ausserordentliche Kündigung han- delt. BS.2023.5-EZO3 15/18

c) Vorliegend kündigte die Gesuchstellerin das Mietverhältnis mit Kündigung vom 24. Januar 2023 (Versanddatum: 25. Januar 2023) auf den 28. Februar 2023 (ges.act. 8). Diese verkürzte Kündigungsfrist ist der einzige Hinweis darauf, dass es sich nicht um eine ordentliche, sondern um eine ausserordentliche Kündigung handelte. Ob dies – allenfalls im Zusammenhang mit der vorangegangenen Zahlungsaufforderung – ausreicht, um von einer wirksamen Kündigung auszugehen, ist – wie soeben dargelegt – in der Lehre um- stritten und ergibt sich auch nicht ohne Weiteres aus der Rechtsprechung. Klares Recht liegt somit nicht vor, womit auf das Gesuch nicht einzutreten gewesen wäre bzw. nicht einzutreten ist.

A. \_\_ hat B. \_\_ für dessen Parteikosten in den Verfahren vor beiden Instanzen mit insgesamt Fr. 2'510.00 (Fr. 1'800.00 + Fr. 710.00) zu entschädigen.

#### **E. 5**

Ist die Parteientschädigung bei A. \_\_ nicht einbringlich, so beträgt der Entschädigungsanspruch von Rechtsanwalt G. als unentgeltlicher Vertreter von B. \_\_ gegenüber dem Staat insgesamt Fr. 2'030.00. Im Umfang der ausgerichteten Entschädigung geht der Anspruch auf den Staat über. BS.2023.5-EZO3 18/18

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