



Fall-Nr.:	RZ.2010.39
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	23.09.2010
Entscheiddatum:	23.09.2010

Entscheid Kantonsgericht, 23.09.2010

Art. 257d OR (SR 220). Ist ein Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, hat der Vermieter das Recht, das Mietverhältnis ausserordentlich zu kündigen. Dies gilt auch, wenn es sich beim Zahlungsrückstand um strittige Positionen einer Nebenkostenabrechnung handelt. Ein Schlichtungsverfahren hat auf die dreissigtägige Zahlungsfrist keinen Einfluss. Ein Zahlungsrückstand kann durch Hinterlegung des umstrittenen Betrags (in Analogie zu Art. 259g OR) vermieden werden (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 23. September 2010, RZ.2010.39-EO3).

Erwägungen

I.

1. B ist Vermieterin einer 4½ Zimmer-Wohnung; Aa und Ab sind Mieter dieses Objekts.

Am 8. Februar 2009 stellte die Vermieterin den Mietern die Nebenkostenabrechnung betreffend die Periode 01.07.2007 - 30.06.2008 zu (Beilagen der Ausweisungsklägerin [im Folgenden: kläg. act.] 2 und 3), worauf die Parteien in Streit gerieten. Am 15. November 2009 mahnte die Vermieterin die beiden Mieter zur Zahlung innert 30 Tagen und drohte ihnen unter Hinweis auf Art. 257d OR die Kündigung an (kläg. act. 9). Bereits zuvor, am 5. November 2009, hatten sich die Mieter an die Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtverhältnisse gewandt und eine korrekte Heiz- und Nebenkostenabrechnung sowie Einsicht in die Belege verlangt; die Streitsache blieb



unvermittelt (kläg. act. 10 und 11), die Frist von Art. 274f Abs. 1 OR zur Anrufung des Richters bis 4. März 2010 verstrich unbenützt; die Mieter anerkannten und bezahlten jedoch nachträglich, am 7. Februar 2010, einen Betrag von Fr. 904.15 an die betreffenden Nebenkosten.

Am 10. März 2010 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag wegen Zahlungsrückstandes gemäss Art. 257d OR ausserordentlich auf den 30. April 2010 (kläg. act. 14).

2. Die Mieter fochten die Kündigungen mit Eingabe vom 18. März 2010 bei der Schlichtungsstelle für Miet- und Pachtverhältnisse an mit dem Rechtsbegehren, diese sei aufzuheben; sie bemängelten, dass eine korrekte Heiz- und Nebenkostenabrechnung immer noch nicht vorgelegt worden sei, und beantragten u.a. die Feststellung, dass die gemäss Mietvertrag nicht den Nebenkosten zugeschiedenen Hauswartkosten sowie die Kosten der Gartenpflege nicht geschuldet seien; zu berichtigen seien auch die Kosten der TV-Gebühren. Die Vermieterin ihrerseits klagte am 9. April 2010 auf Ausweisung, welchem Begehren sich Aa mit Stellungnahme (Klageantwort) vom 23. April 2010, im Wesentlichen seine Ausführungen in der Anfechtungsklage vom 18. März 2010 erneuernd, widersetzte.

Am 11. Juni 2010 entschied das Kreisgericht nach Vereinigung des Verfahrens mit jenem vor der Schlichtungsstelle, was folgt:

"1. Die Kündigung vom 10.03.2010 ist unwirksam.

2. Das Ausweisungsbegehren wird abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.00 hat die Gesuchstellerin zu bezahlen, unter Anrechnung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 650.00."

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Vermieterin mit Eingabe vom 3. Juli 2010 Rekurs beim Kantonsgericht St.Gallen und erneuerte ihre Ausweisungsklage. Die Mieter trugen mit Antwort vom 20. Juli 2010 sinngemäss die Abweisung des Rekurses an. Am 24. Juli 2010 reichte die Vermieterin eine nachträgliche Eingabe und am 26. Juli 2010 eine ergänzende Eingabe ein.



Auf die Erwägungen des Vorderrichters, auf das Ergebnis der Abklärungen im Rekursverfahren und auf die zur Begründung ihrer Standpunkte gemachten Ausführungen der Parteien wird, soweit notwendig, im Folgenden eingegangen.

II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind (Art. 217 lit. a und 219 Abs. 1 ZPO; Art. 82 Abs. 1 und 84 Abs. 1 GerG).

Auf den Rekurs ist einzutreten. Zuständig ist der Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht (Art. 16 lit. a ZPO und Art. 16 Abs. 1 lit. d GO).

2. Da der Streit sich vorliegend auf eine ausserordentliche Kündigung bezieht, war der Kreisgerichtspräsident als Ausweisungsrichter auch zur Beurteilung der bereits vor der Schlichtungsstelle anhängigen Anfechtungsklage zuständig (vgl. Art. 274g OR; GVP 1991 Nr. 37).

3. Ob die nachträgliche Eingabe der Rekurrentin vom 24. Juli 2010, mit welcher sie auf die Stellungnahme der Rekursgegner vom 20. Juli 2010 reagiert, zulässig ist (vgl. Art. 221 Abs. 2 und Art. 164 ZPO), kann offen bleiben, da sie für den Ausgang des Verfahrens irrelevant ist. Das gleiche gilt auch für die ergänzende Eingabe vom 26. Juli 2010.

III.

1. Nach Art. 257d OR kann der Vermieter dem Mieter von Wohnräumen, der sich mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Zahlungsrückstand befindet, unter Ansetzung einer Frist von mindestens dreissig Tagen die Kündigung androhen und, wenn auch innert dieser Frist nicht bezahlt wird, mit einer weiteren Frist von mindestens dreissig Tagen auf das Ende eines Monats kündigen. Streitig ist vorliegend



die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 10. März 2010. Der Vorderrichter verneinte diese mit der Begründung, dass die Mieter den unbestrittenen Teil der Abrechnung bezahlt hätten und dass eine Kündigung wegen Nichtbezahlens streitiger Positionen, deretwegen die Schlichtungsbehörde angerufen wurde, unzulässig sei. Ob tatsächlich ein Zahlungsrückstand bestand, liess er (teilweise) offen; dies sei "noch ungeklärt" (Urteil, 6 Erw. 4c Abs. 2). Dazu fällt was folgt in Betracht:

a) Soweit der Vorderrichter die Auffassung vertritt, zur Vermeidung einer Ausweisung wegen Zahlungsverzugs im Verfahren nach Art. 257d OR genüge es bereits, wenn der Mieter die Schlichtungsstelle anruft und - unter Bestreitung der Nebenkostenabrechnung - einen Zahlungsrückstand in Abrede stellt, kann ihm nicht beigepflichtet werden.

Die Frage sodann, ob ein Zahlungsrückstand tatsächlich besteht oder nicht, darf vom Ausweisungsrichter nicht offengelassen werden; das gilt hinsichtlich bestrittener Positionen und selbst dann, wenn sie wie hier einmal Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens waren, welches unvermittelt ausging, und auf welches hin kein Gerichtsverfahren angestrengt wurde (vgl. oben Erw. I/1 Abs. 2). Insbesondere kann der Vermieter nicht gezwungen werden, vor Anhebung einer Ausweisungsklage selber nach Art. 274f Abs. 1 OR vorzugehen und zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der Nebenkostenabrechnung seinerseits auf Leistung bzw. Zahlung zu klagen (für eine Klage auf Feststellung der Rechtmässigkeit bestünde kein schützenswertes Interesse), wenn der Mieter, der die Schlichtungsverhandlung anbegehrt hat, nach unvermitteltem Ausgang derselben darauf verzichtet, den Richter anzurufen. Es steht dem Vermieter in solchen Fällen vielmehr frei, zu kündigen und auf Ausweisung zu klagen und damit die streitigen Nebenkostenpositionen (indirekt) dem Ausweisungsrichter zu unterbreiten, der bei der Prüfung der Frage, ob ein zur ausserordentlichen Kündigung berechtigender Zahlungsrückstand bestehe, darüber zu befinden hat. Dies ist gerade Sinn und Zweck der Kompetenzattraktion beim Ausweisungsrichter, wenn eine Kündigung wegen Zahlungsrückstandes vom Mieter angefochten wird (vgl. oben Erw. II/2).

Die Behauptungs- und Beweislast trifft den Vermieter. Er hat den Zahlungsrückstand zu behaupten und zu beweisen, aus dem er das Recht auf eine ausserordentliche



Kündigung gemäss Art. 257d OR ableitet (Art. 8 ZGB). Der Ausweisungsrichter braucht allerdings nicht alle streitigen Positionen zu untersuchen; es geht nicht um die exakte Höhe des Rückstandes, sondern nur darum, ob überhaupt ein solcher besteht.

b) Streitig ist hier im Wesentlichen (noch) die Nebenkostenposition Hauswartung (Anfechtungsklage vom 18. März 2010 [act. 1 Beilage 2 im Schlichtungsverfahren E100022]).

Die Mieter machen geltend, dass die Hauswartungskosten gemäss Mietvertrag vom 12. August 2000 mit Ea und Eb (Rechtsvorgänger; bekl. act. 1) explizit von den Nebenkosten ausgenommen worden seien, weshalb sie unter diesem Titel auch nichts schuldeten (Rekursantwort). Ersteres trifft zu. Allerdings sind bereits die Rechtsvorgänger der Vermieterin in früheren Rechnungsperioden dazu übergegangen, unter diesem Titel jeweils pauschal Fr. 400.00 Nebenkosten in Rechnung zu stellen, weil die Mieter - was offenbar ursprünglich einmal die Meinung war - nicht in der Lage gewesen seien, selber für die Reinigung des Treppenhauses und der Waschküche, das Schneeräumen im Winter, die Gartenpflege des ihnen zugeteilten Teils des Gartens etc. besorgt zu sein. Nach unbestrittener Darstellung der Vermieterin sind diese Fr. 400.00 bis auf die Abrechnung 2006/2007 denn auch anstandslos bezahlt und selbst bei dieser Abrechnung nicht grundsätzlich (als Pauschale) in Frage gestellt worden (Rekurs, 5 Ziff. 1b mit Hinweis auf die Abrechnungen 2005/2006 und 2006/2007 [kläg. act. 21 und 22] und 9 Ziff. 6 Abs. 3 mit Hinweis auf kläg. act. 15 am Ende).

Damit aber ist konkludent eine - formlos gültige (Art. 269d OR e contrario) - Vertragsänderung zustande gekommen, und zwar des Inhalts, dass die Mieter, abweichend vom ursprünglichen Vertrag, zusätzlich jährliche Hauswartungskosten von Fr. 400.00 zu bezahlen haben. Zu Recht verlangen die Mieter von der neuen Vermieterin zwar eine Rechtfertigung bezüglich der um Fr. 742.00 über diesen Betrag hinaus geforderten Hauswartungskosten, welche für 2007/2008 neu mit Fr. 1'142.00 beziffert wurden (Abrechnung vom 19.01.2009, Seite 3; kläg. act. 2), die bereits früher akzeptierten Hauswartungskosten von pauschal Fr. 400.00 sind aber auf jeden Fall geschuldet. In diesem Umfang zumindest befinden sich die Mieter immer noch im Zahlungsrückstand; wie viel darüber hinaus weitere Rückstände vorliegen, kann nach dem oben Gesagten offen bleiben. Festzustellen ist jedoch, dass die Mieter, wie



erwähnt (Erw. I/1), mit einer Zahlung vom 7. Februar 2010 im Betrag von weiteren Fr. 904.15 an die streitigen Nebenkosten 2007/2008 nachträglich implizit selber anerkannt haben, sich zumindest in diesem Umfang im Zahlungsrückstand befunden zu haben (bekl. act. 5), und festzustellen ist weiter, dass die Mieter implizit auch auf ihr Begehren, "die Beklagte sei zu verpflichten, eine korrekte Heiz- und Nebenkostenabrechnung per 01.07.2007 - 30.06.2008 zu erstellen" (Rechtsbegehren Ziff. 1 gemäss Schlichtungsprotokoll; kläg. act. 11), nachträglich verzichtet haben, indem sie es nämlich nach unvermitteltem Schlichtungsverfahren unterliessen, gemäss Art. 274f Abs. 1 zweiter Halbsatz OR den Richter anzurufen und auf dem Begehren zu beharren.

Der Tatbestand des Zahlungsrückstandes im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR ist daher und war bereits am 15. November 2009 erfüllt, die Vermieterin demnach zum Vorgehen nach dieser Bestimmung, d.h. zur Mahnung und Kündigungsandrohung unter Ansetzung einer Zahlungsfrist von 30 Tagen berechtigt (kläg. act. 9). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Mieter kurz zuvor, am 5. November 2009, ein Schlichtungsverfahren angestrengt haben (bekl. act. 7).

c) Das Schlichtungsverfahren hat auf den Lauf der dreissigtägigen Zahlungsfrist keinen Einfluss. Insbesondere ändert sich nichts an der Fälligkeit der Nebenkostenforderung, welche bereits im Zeitpunkt der Übergabe der Abrechnung eintritt (Art. 75 OR; BGE 4C.479/1997, in mp 2/99, 83f.). Das Gesetz sieht auch nicht vor, dass die Zahlungsfrist in Fällen wie dem vorliegenden erst nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens - oder nach Ablauf der Frist von Art. 274d Abs. 1 zweiter Halbsatz OR - zu laufen beginnt, oder dass die Zahlungsfrist in Fällen, in denen ein Schlichtungsverfahren erst nach der Kündigungsandrohung eingeleitet wurde, unterbrochen oder für die Dauer der Auseinandersetzung über die Nebenkosten wenigstens zum Stillstand gebracht wird und erst nach Eintritt der Rechtskraft dieser Auseinandersetzung neu zu laufen beginnt bzw. weiter läuft.

Daraus folgt im Übrigen, dass nach der gesetzlichen Ordnung in Fällen wie dem vorliegenden der Mieter das Risiko der Ungewissheit bezüglich der erst später (gerichtlich) zu entscheidenden Frage trägt, ob im Zeitpunkt der Mahnung und Kündigungsandrohung ein zur Kündigung berechtigender Zahlungsrückstand bestand



oder nicht. Zwar muss er den streitigen Betrag nicht bezahlen - und den gegebenenfalls dann doch nicht geschuldeten Teil später wieder zurückfordern oder mit laufenden Mietzinsschulden verrechnen -, doch ist es ihm zuzumuten, dass er, wenn er die Nebenkostenabrechnung gerichtlich überprüfen lassen will - worauf die Mieter vorliegendenfalls allerdings wie erwähnt schliesslich verzichtet haben (Erw. I/1 Abs. 1 und III/1b Abs. 3 am Ende) -, den Rechnungsbetrag vor Ablauf der dreissigtägigen Zahlungsfrist zu hinterlegen, wenn er einen Zahlungsrückstand vermeiden will ([Entscheid der III. Zivilkammer vom 3. Mai 2010](#). Dem steht weder Art. 259g OR, der die Hinterlegung nur bei Mängeln der Mietsache vorsieht, noch BGE 124 III 201 ff. entgegen, der einen anderen Sachverhalt betrifft. Sollte Art. 259g OR dafür keine Grundlage bilden, wäre eine echte Lücke anzunehmen und diese modo legislatoris durch analoge Anwendung dieser Bestimmung zu schliessen (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

d) Vorliegend begann die Zahlungsfrist am 18. November 2009, einen Tag nach Zustellung der Kündigungsandrohung an die Mieter (vgl. Beilagen zu kläg. act. 9), zu laufen und endete demnach am 17. Dezember 2009.

Innert dieser Frist haben die Mieter die oben festgestellten Rückstände von insgesamt wenigstens Fr. 1'304.15 nicht beglichen; jenen von Fr. 400.00 für die Hauswartkosten sind sie heute noch schuldig, jenen im (nachträglich anerkannten) Betrag von Fr. 904.15 bezahlten sie erst am 7. Februar 2010, und damit verspätet.

Die formgerecht, d.h. unter Verwendung des vorgeschriebenen amtlichen Formulars (Art. 266I OR), ausgesprochene Kündigung vom 10. März 2010 per 30. April 2010 ist daher gültig.

2. Anfechtungsgründe gemäss Art. 271 und 271a OR sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht, und eine Mieterstreckung bei Kündigungen wegen Zahlungsrückstandes wie hier ist gesetzlich ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

3. Ist aber die Kündigung gültig und eine Mieterstreckung ausgeschlossen, so ist festzustellen, dass das Mietverhältnis per 30. April 2010 beendet wurde. Die Mieter



haben kein Recht mehr, im Mietobjekt zu verbleiben; sie müssen es räumen und zurückzugeben (Art. 267 Abs. 1 OR).

Der Räumungsbefehl ist sodann gestützt auf Art. 208 lit. c ZPO antragsgemäss (Ziff. 5 des Rechtsbegehrens; vi-act. 1 S. 4) mit der Anordnung an die Vollzugsbehörde zu verbinden, die Ausweisung im Falle von dessen Nichtbeachtung zu vollstrecken.
