



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2021.5
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	25.11.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	16.09.2021

### Entscheid Kantonsgericht, 16.09.2021

**Art. 273 Abs. 1 OR (SR 220): Eine Mietvertragskündigung, die gleichzeitig einmal per "A-Post Plus" und einmal per Einschreiben versandt wurde, gilt mit der früheren Zustellung der "A-Post Plus"-Sendung als empfangen. Ab diesem Zeitpunkt (bzw. dem darauffolgenden Tag) läuft die 30-tägige Anfechtungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR. Art. 2 Abs. 2 ZGB (SR 210): Rechtsmissbrauch aufgrund des doppelten Versands geprüft und verneint. Der Empfänger darf sich insbesondere (auch bei Unkenntnis der Zustellform "A-Post Plus") nicht darauf verlassen, der Absender könne nur die Zustellung der eingeschriebenen Postsendung beweisen (Kantonsgericht, III. Zivilkammer, 16. September 2021, BO.2021.5).**

#### Sachverhalt (Kurzzusammenfassung)

Die Beklagte war befristete Mieterin von Gewerberäumlichkeiten, welche sie zu den Konditionen des Hauptmietverhältnisses an den Kläger untervermietete (ebenfalls befristet). Nachdem die Beklagte mit der Vermieterin einen neuen unbefristeten Hauptmietvertrag zu einem höheren Mietzins abgeschlossen hatte, wurde nach Fristablauf auch das Untermietverhältnis fortgesetzt bzw. erneuert, indem der Kläger in den Gewerberäumlichkeiten verblieb und während den folgenden neun Monaten den neuen höheren Mietzins des Hauptmietverhältnisses bezahlte. Danach kam es zwischen den Parteien des Untermietverhältnisses zum Streit über Abmachungen betreffend Mietzinserhöhung. Dieser gipfelte darin, dass der Kläger fortan nur noch den früheren tieferen Mietzins bezahlte, worauf die Klägerin das Mietverhältnis nach erfolgloser Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung ausserordentlich kündigte. Das ausgefüllte amtlich genehmigte Kündigungsformular samt Originalunterschriften versandte sie dabei einmal per "A-Post Plus" (zugestellt am Samstag, 21. Dezember 2019) und einmal per Einschreiben (am Postschalter abgeholt



am Dienstag, 24. Dezember 2019). Der Kläger focht die Kündigung mit Eingabe vom 23. Januar 2020 bei der zuständigen Schlichtungsstelle sowie anschliessend erfolglos sowohl beim Kreisgericht als auch beim Kantonsgericht als missbräuchlich an.

Erwägungen (Auszug)

[...]

3.a) Eventualiter ficht der Kläger die Kündigung als missbräuchlich an mit der Begründung, diese sei nur deshalb ausgesprochen worden, um Druck auf ihn auszuüben bzw. ihn zu bestrafen, weil er den von der Beklagten "erdachten Wuchermietzins" nicht habe akzeptieren wollen. Zudem sei die Kündigung auch deshalb missbräuchlich, weil sie während laufenden Vergleichsverhandlungen ausgesprochen worden sei.

b) Die Vorinstanz ging auf diesen Vorwurf nicht inhaltlich ein, sondern wies das entsprechende Begehren ab, weil der Kläger das Schlichtungsverfahren erst einen Tag nach Ablauf der 30-tägigen Anfechtungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR eingeleitet habe. Der Kläger habe nicht explizit bestritten und es sei durch die Sendungsverfolgung der Post indizienmässig erstellt, dass das per "A-Post Plus" versandte Exemplar der Kündigung am Samstag, 21. Dezember 2019, in seinem Briefkasten deponiert worden sei. Da am darauffolgenden Montag, 23. Dezember 2019, üblicherweise mit einer Leerung habe gerechnet werden können, gelte die Kündigung nach der insofern einschlägigen uneingeschränkten Empfangstheorie in diesem Zeitpunkt als zugestellt; auf die tatsächliche Kenntnisnahme, welche nach Darstellung des Klägers mit Abholung des eingeschriebenen versandten Exemplars der Kündigung am ersten Tag der Abholfrist, dem 24. Dezember 2019, stattgefunden habe,



komme es hingegen nicht an. Die Anfechtungsfrist sei daher am 22. Januar 2020 abgelaufen, womit die Einleitung des Schlichtungsverfahrens am 23. Januar 2020 verspätet erfolgt sei. Die Beklagte verhalte sich auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Verwirkung der von Amtes wegen zu berücksichtigenden Anfechtungsfrist geltend mache. Ihr sei es freigestanden, aus beweistechnischen Gründen eine Kündigung per "A-Post Plus" und zusätzlich eine solche per Einschreiben zu versenden. Der Kläger habe Ersterer aufgrund Letzterer nicht einfach keine Bedeutung zumessen dürfen. Zudem könne der Kläger auch aus der Unkenntnis der Versandart "A-Post Plus" nichts zu seinen Gunsten ableiten.

c) Vorweg ist festzuhalten, dass der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht explizit bestreitet, dass sich in der "A-Post Plus"-Sendung ein ausgefülltes amtliches Kündigungsformular samt Originalunterschrift befand. Mit Ausführungen wie, er habe erst im Schlichtungsverfahren davon erfahren, dass die ausserordentliche Kündigung "offenbar" auch per "A-Post Plus" versandt worden sei, stellt er solches jedenfalls nicht mit ausreichender Deutlichkeit in Abrede, könnte das "erfahren" doch auch auf die Zustellform bezogen sein. Entsprechendes gilt für die Behauptung, nicht mehr sagen zu können, was sich im fraglichen "A-Post Plus"-Brief befunden habe. Überdies wäre der Kläger mit einer allfälligen dahingehenden Bestreitung ohnehin nicht mehr zu hören. Vor Vorinstanz behauptete er diesbezüglich nämlich noch Folgendes: Er habe die eingeschrieben versandte Kündigung am ersten Tag der Abholfrist, dem 24. Dezember 2019, abgeholt, die restliche Post vom 21. und 23. Dezember 2019, in der sich auch die "A-Post Plus"-Sendung befunden habe, hingegen erst nach den Weihnachtsfeiertagen geöffnet. Da er die eingeschrieben versandte Kündigung zuerst zur Kenntnis genommen habe, habe er der anderen Kündigung und deren Versandart keine besondere Beachtung mehr geschenkt, sondern angenommen, diese sei parallel noch mit normaler Post verschickt worden. Wurde aber der Inhalt der "A-Post Plus"-Sendung nicht hinreichend bestritten, spielt es auch keine Rolle, dass der von der Beklagten vorgelegte Zustellnachweis lediglich die Zustellung des Couverts, nicht aber dessen Inhalt beweist (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO, wonach nur streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises sind).



d) Der Kläger hält der Vorinstanz im Wesentlichen entgegen, sie habe die aussergewöhnlichen Umstände des vorliegenden Falls nicht ausreichend berücksichtigt. Die Rechtsprechung zur Anwendung der uneingeschränkten Empfangstheorie sei für den Normalfall der Zustellung einer einzigen Kündigung entwickelt worden, weil sie den gegensätzlichen Interessen der Parteien in ausgewogener Weise Rechnung trage. Hier habe die Beklagte Rechtsunsicherheit geschaffen, indem sie zwei fristauslösende Zustellmethoden gewählt habe, ohne ihn, den Kläger, durch ein Begleitschreiben oder sonstwie auf diesen Umstand aufmerksam zu machen. Erhalte der Empfänger eine Kündigung mit normaler Post und eine per Einschreiben, dürfe er Letztere aufgrund der qualifizierten Zustellform nach Treu und Glauben als die bedeutsamere und damit auch die fristauslösende Kündigung betrachten. Die Beklagte habe sich daher die Frist entgegenhalten zu lassen, welche durch die am 24. Dezember 2019 zugestellte eingeschrieben versandte Kündigung ausgelöst worden sei. Das Schlichtungsgesuch vom 23. Januar 2020 sei deshalb entgegen der Vorinstanz als rechtzeitig zu betrachten.

e/aa) Will eine Partei die Kündigung als missbräuchlich anfechten, so muss sie das Begehren gemäss Art. 273 Abs. 1 OR innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung der Schlichtungsbehörde einreichen. Wie die Vorinstanz richtig erkannte, kommt nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Mitteilung der Kündigung des Mietverhältnisses und den Beginn der 30-tägigen Anfechtungsfrist die sog. absolute oder uneingeschränkte Empfangstheorie zur Anwendung (BGE 143 III 15 E. 4.1 = Pra 2017 Nr. 45; BGE 140 III 244 E. 5.2; BGE 137 III 208 E. 3.1.2 = Pra 2011 Nr. 106; BGE 118 II 42 E. 3; BGE 107 II 189 E. 3). Dies bedeutet, dass der Beginn des Fristenlaufs ("Empfang der Kündigung") sich nach jenem Zeitpunkt bestimmt, in welchem die Kündigung in den Machtbereich des Empfängers oder seines Vertreters gelangt ist, so dass der Adressat bei normaler Organisation seines Geschäftsverkehrs in der Lage ist, davon Kenntnis zu nehmen; ob der Adressat auch tatsächlich davon Kenntnis nimmt, ist nicht entscheidend (anstelle Vieler: BGE 137 III 208 E. 3.1.2; BGE 118 II 42 E. 3b, m.w.H.). Weiter ist für die Zustellung der Kündigung keine bestimmte Form vorgeschrieben. Auch die Anwendung der absoluten Empfangstheorie setzt keinen Versand per Einschreiben voraus. Vielmehr gilt eine uneingeschriebene



Postsendung (A-, B-Post oder wie hier "A-Post Plus") dem Empfänger als zugestellt, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wird. Dass die fragliche "A-Post Plus"-Sendung am Samstag, 21. Dezember 2019, effektiv in den Briefkasten des Klägers gelegt worden ist, bestritt dieser vor erster Instanz und bestreitet er auch in seiner Berufung nicht. Dafür spricht im Übrigen auch der entsprechende Eintrag im Erfassungssystem der Post (vgl. dazu auch BGE 142 III 599 E. 2.2). Nach der (zum öffentlichen bzw. Sozialversicherungsrecht ergangenen) Rechtsprechung des Bundesgerichts könnte damit sogar bereits der Samstag als das fristauslösende Moment betrachtet werden (BGer 2C\_1032/2019 E. 3.3; BGer 2C\_1126/2014 E. 2.2; BGer 8C\_573/2014 E. 3.1). Ob allerdings unbesehen der konkreten Geschäftszeiten bei "normaler Organisation" stets auch an einem Samstag mit einer Leerung des Geschäftsbriefkastens oder -postfachs gerechnet werden darf, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Wie die Vorinstanz ausführte, war dies jedenfalls spätestens am nächsten Montag, 23. Dezember 2019, der Fall, weshalb die 30-tägige Anfechtungsfrist spätestens am darauffolgenden Tag (24. Dezember 2019) zu laufen begann und am Mittwoch, 22. Januar 2020, einen Tag vor Einreichung des Schlichtungsgesuchs ablief. Da es sich bei der Frist von Art. 273 Abs. 1 OR zudem um eine materielle Verwirkungsfrist handelt, kann diese auch weder verlängert noch wiederhergestellt werden und ist deren Nichteinhaltung von Amtes wegen zu berücksichtigen (BSK OR I-Weber, Art. 273 N 3, m.w.H.). Vorbehalten bleibt immerhin das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dieses dient als korrigierender "Notbehelf" für Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 143 III 666 E. 4.2).

bb) In der Literatur wird Rechtsmissbrauch bei der Zustellung einer Kündigung des Mietverhältnisses etwa bejaht, wenn der Vermieter im Wissen um die Abwesenheit der Mieterin die Kündigung während eben dieser Abwesenheit zustellen lässt, um die Kenntnisnahme der Mieterin und deren Anfechtungsrecht zu vereiteln (Bärtschi/Ackermann Empfang der Wohnungskündigung bei Ferienabwesenheit, in: Jusletter 23. Januar 2017, N 52 m.H. auf BGE 140 III 244 E. 5.2 = Pra 2014 Nr. 95). Bärtschi/Ackermann schlagen vor, dass in einem solchen Fall die Kündigung aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und des



Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) als nicht zugegangen zu betrachten sei. Einen weiteren Beispielsfall von Rechtsmissbrauch nennt Weber (BSK OR I, Art. 273 N 3). Er hält dafür, dass dann, wenn die Vermieterin den Mieter mit falschen Erläuterungen oder Versprechungen, List, Gewalt oder einer Drohung von einer rechtzeitigen Anfechtung abhält, in Anwendung von Art. 156 OR eine rechtzeitige Anfechtung zu fingieren sei. Die Frage, ob in rechtsmissbräuchlichen Fällen die Zustellung der Kündigung als nicht oder später erfolgt zu betrachten oder die rechtzeitige Anfechtung zu fingieren ist (vgl. dazu etwa auch Koller/Strik, Die mietrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2017, in: ZBJV 154, 2018, S. 433), kann offenbleiben. Vorliegend ist nämlich kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch ersichtlich.

cc) Es ist weder behauptet noch zum Beweis verstellt oder gar bewiesen, dass die Beklagte die Kündigung gerade deshalb doppelt versandte, weil sie sich damit erhoffte, der Kläger könnte die Anfechtungsfrist verpassen. Vielmehr führte die Beklagte für ihr Vorgehen sachliche Gründe an, nämlich, dass sie eine Kündigung per "A-Post Plus" versandt habe, um trotz des bevorstehenden Wochenendes und der anschliessenden Weihnachtsfeiertage eine Zustellung vor Ende 2019 sicherzustellen, und eine zweite per Einschreiben vorsorglich aus Beweisgründen für den Fall eines Sendungsverlusts (Klageantwort, S. 7). Eine doppelte Zustellung einmal mit gewöhnlicher Postsendung und einmal per Einschreiben erscheint auch nicht per se unredlich. Dadurch wird die vom Bundesgericht als Vorteil der absoluten Empfangstheorie angeführte Ausgewogenheit zwischen den gegenseitigen Interessen, d.h. jenem des Absenders, welcher das Risiko der Übermittlung trägt, und jenem des Empfängers, welchen das Risiko verspäteter bzw. fehlender Kenntnisnahme trifft (vgl. BGE 143 III 15 E. 4.1; BGE 137 III 208 E. 3.1.3), entgegen der Auffassung des Klägers nicht zum Nachteil des Empfängers verändert. Vielmehr verringert sie das Risiko verspäteter oder fehlender Kenntnisnahme, falls beispielsweise der Empfänger an der persönlichen Entgegennahme und sofortigen Abholung des Einschreibens gehindert ist. Weiter mag es zwar zutreffen, dass sich dadurch, insbesondere wenn neben dem Einschreiben eine "A-Post Plus"-Zustellung gewählt wird, welche auch an Samstagen erfolgt, Fragen hinsichtlich des Beginns der Anfechtungsfrist ergeben bzw. diese ein bis maximal zwei



Tage früher als bei einer Zustellung lediglich per Einschreiben ausgelöst werden kann. Art. 273 Abs. 1 OR, auf dessen Inhalt das vom Vermieter zu verwendende amtliche Kündigungsformular verweisen muss (Art. 266I Abs. 2 OR i.V.m. Art. 9 VMWG), nennt als Fristbeginn jedoch klar den "Empfang der Kündigung". Entscheidet sich ein Mieter nun trotz früheren Empfangs der auf dem gewöhnlichen Postweg versandten Kündigung dafür, diese erst 30 Tage nach dem späteren Empfang der eingeschriebenen Kündigung bei der Schlichtungsstelle anzufechten, weil er (unzutreffenderweise) annimmt, der Vermieter könne nur den Zustellungszeitpunkt des Einschreibens beweisen, tut er dies selbstredend auf eigenes Risiko. Insofern spielt es jedenfalls unter diesem Aspekt keine Rolle, ob der Mieter die Zustellungsform "A-Post Plus" (er-)kennt und daher weiss, dass auch die Zustellung dieser Sendung durch den Eintrag im elektronischen Erfassungssystem der Post zumindest mittelbar bewiesen werden kann (vgl. dazu vi-Entscheid, S. 12; BGE 142 III 599 E. 2.2).

dd) Darüber hinaus ist es vorliegend aber auch nicht auf die zweifache Zustellung der Kündigung durch die Beklagte, sondern vielmehr auf Mängel in der Organisation des Klägers zurückzuführen, dass dieser mit der Einleitung des Schlichtungsverfahrens (erst) am 23. Januar 2020 Dispositionen traf, welche sich im Nachhinein als nachteilig erwiesen. Wie bereits angemerkt, machte der Kläger vor Vorinstanz geltend, er habe der uneingeschriebenen Kündigung deshalb keine besondere Bedeutung zugemessen, weil er die später zugestellte, eingeschriebene Kündigung vorher zur Kenntnis genommen habe. Dafür war er nun aber selber verantwortlich. Hätte er die Post am Montag, 23. Dezember 2019, geöffnet, was bei normaler Organisation des Geschäftsverkehrs durchaus erwartet werden darf, hätte er die per "A-Post Plus" versandte Kündigung zuerst zu Gesicht bekommen. Zudem wäre dann auch von vornherein klar gewesen, dass diese Sendung spätestens am 23. Dezember 2019 in den Briefkasten gelegt worden sein musste. Besonderer Abklärungen hätte es hierfür nicht bedurft. Weiter behauptete der Kläger nicht (oder jedenfalls erst in der Berufung und damit verspätet), dass er die uneingeschriebene versandte Kündigung im Hinblick auf den Fristenlauf auch dann vernachlässigt hätte, wenn er sie vor der eingeschriebenen Kündigung zur Kenntnis genommen hätte. Auf die Ausführungen des Klägers dazu, dass durch die qualifizierte Zustellart des Einschreibens im



Geschäftsverkehr eine erhöhte Wichtigkeit ausgedrückt werde, braucht daher mangels Tatsachengrundlage nicht eingegangen zu werden. Es bleibt somit dabei, dass der Kläger die Verwirkungsfrist von Art. 273 Abs. 1 OR verpasste und sein Begehren um Anfechtung der Kündigung vom 20. Dezember 2020 wegen Missbräuchlichkeit daher abzuweisen war (vgl. BGE 143 III 15 E. 6; zustimmend: Koller/Strik, a.a.O., S. 428 f.).