



Fall-Nr.:	RZ.2009.31
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	16.11.2009
Entscheiddatum:	16.11.2009

### Entscheid Kantonsgericht, 16.11.2009

**Art. 120 ff., Art. 257d, Art. 272a Abs. 1 lit. a, Art. 274c OR. Der Vermieter A und die Mieter B und C schlossen einen Mietvertrag über eine Villa. Kurze Zeit später erteilte der Liegenschaftenverwalter dem Mieter B eine Handlungsvollmacht betreffend die Liquidation des noch bestehenden Mietverhältnisses mit einem Dritten. Wenige Monate nach Mietantritt kündigte der Vermieter den Mietvertrag wegen Zahlungsrückstands der Mieter. Die Einzelrichterin des Kreisgerichts wies die Kündigungsanfechtung der Mieter ab und gab dem Ausweisungsbegehren des Vermieters statt, wogegen die Mieter Rekurs erhoben. Sie bestritten - gestützt auf eine Mediations-/Schiedsvereinbarung in der dem Mieter B erteilten Handlungsvollmacht - die Zuständigkeit der Vorinstanz und machten zudem geltend, die Mietzinse seien durch Verrechnung mit Auslagenersatz für Aufwendungen des Mieters B im Zusammenhang mit der Handlungsvollmacht getilgt. Die Unzuständigkeitseinrede erwies sich als unbegründet: Die Schiedsklausel wäre - sollte sie sich auch auf den Mietvertrag beziehen (was aufgrund des Wortlauts und der systematischen Stellung nicht anzunehmen war) - jedenfalls gemäss Art. 274c OR unverbindlich, da die Mieter die Villa auch zu Wohnzwecken nutzten und bei gemischt genutzten Objekten vor dem Hintergrund des Schutzzwecks dieser Bestimmung die Nutzung als Wohnung entscheidend ist (Erw. II.3). Die Zuständigkeit des staatlichen Richters zur Beurteilung der Verrechnungsforderung war - ungeachtet der Mediations-/Schiedsklausel in der Handlungsvollmacht - in sachgemässer Anwendung von Art. 70 ZPO zu bejahen: Anders als in eigentlichen Forderungsprozessen, wo das Verfahren zu sistieren ist, bis das Schiedsgericht über die Verrechnungsforderung entschieden hat, kann dem Vermieter im Kündigungsanfechtungs-/Ausweisungsverfahren die damit verbundene Verfahrensverzögerung nicht zugemutet werden (Erw. II.4). In materieller Hinsicht wurde der Rekurs abgewiesen. Zwar steht es dem Mieter und Gläubiger offen, fällige Forderung gegenüber dem Vermieter - anstatt sie sofort einzutreiben - mit**



**erst später fällig werdenden Mietzinsansprüchen zu verrechnen (Erw. III. 1.c.aa). Zulässig ist auch eine Verrechnungsvereinbarung, wonach bestehende und zukünftige Forderungen des Mieters mit bestehenden und zukünftigen Mietzinsforderungen des Vermieters ohne Abgabe von Verrechnungserklärungen getilgt werden sollen (Erw. III.1.c.bb). Im zu beurteilenden Fall war aber die behauptete Verrechnungsvereinbarung nur für einen Teil der ausstehenden Mietzinse bewiesen, und der Nachweis für die ebenfalls behauptete - einseitige - Verrechnungserklärung nicht erbracht. Ausserdem fehlte es an einer ordnungsgemässen Abrechnung des Mieters B über seine Auslagen, weshalb die Verrechnungswirkung ohnehin nicht eingetreten wäre (Erw. III.1.c.dd und ee). Die dreissigtägige Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR wurde vom Vermieter beachtet: Die Kündigungen wurde am letzten Tag der Frist eingeschrieben versandt und den Mietern drei Tage später zur Abholung avisiert, womit sie vier Tage nach Ablauf der Frist als erfolgt gelten und somit gültig sind (Erw. III.2). (Kantonsgericht St. Gallen, Einzelrichter für Rekurse im Obligationenrecht, 16. November 2009, RZ.2009.31).**

### Erwägungen

I.

1. a) Am 14. Juli 2008 schloss A, vertreten von der X-Verwaltung (Inhaber Y), mit B und C einen Mietvertrag betreffend die Villa Q mit Mietbeginn 1. September 2008, zum Zins von Fr. 4'200.- pro Monat.

Am 22. Juli 2008 erteilte die X-Verwaltung B sodann in Sachen "Mietangelegenheiten Villa Q sowie Betreibungs- und Konkursverfahren gegen die Firma Z ... und deren Untermieter" eine Handlungsvollmacht. Gestützt auf diese vertrat B A in SchKG-Verfahren gegen die damalige Mieterin Z; ferner vergab er Reinigungs- und Umbauarbeiten und erteilte ... einem ... Bewachungsunternehmen, den Auftrag zur Bewachung des Mietobjekts, nachdem verschiedene Mietparteien Vandalismus- und Sabotageakte einschliesslich Brandstiftung angedroht hatten.

b) Am 20. Februar 2009 kündigte A den Mietvertrag wegen Zahlungsrückstandes auf den 31. März 2009.



2. Die Mieter fochten die Kündigung am 20. März 2009 bei der Schlichtungsstelle an mit der Begründung, sie befänden sich mit der Bezahlung der Mietzinse nicht in Verzug; die Kündigung verstosse gegen Art. 271 OR. Am 14. April 2009 klagte der Vermieter seinerseits auf Ausweisung der Mieter, welche sich dem Begehren widersetzten.

Am 25. August 2009 fällte die Einzelrichterin des Kreisgerichts nach Vereinigung der beiden Verfahren folgenden Entscheid:

" 1. Die Kündigungsanfechtung wird abgewiesen.

2. Den Gesuchsgegnern wird befohlen, die Liegenschaft Q ... sofort zu räumen, zu verlassen und ordnungsgemäss abzugeben.

3. Für den Fall der Nichtbeachtung dieses richterlichen Befehls wird den Gesuchsgegnern gemäss Art. 292 StGB Busse als Strafe angedroht.

4. Bei Nichtbefolgung innert 10 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids ist Ziffer 2 durch unmittelbaren Zwang zu vollstrecken. Der Vollzug wird ... übertragen und erfolgt auf Antrag des Gesuchstellers. Dieses Antragsrecht erlischt zwei Monate nach Rechtskraft dieses Entscheids.

5. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'000.- wird beim Gesuchsteller erhoben, unter Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe und unter Einräumung des Rückgriffsrechtes für den ganzen Betrag auf die Gesuchsgegner.

6. Die Gesuchsgegner haben den Gesuchsteller für dessen Parteikosten mit Fr. 900.- zu entschädigen."

3. Gegen diesen Entscheid (versandt am 28.08.2009; zugestellt am 31.08.2009) liessen die Mieter mit Eingabe vom 10. September 2009 Rekurs beim Kantonsgericht einreichen mit dem Antrag auf Schutz der Anfechtungsklage und Abweisung der Ausweisungsklage, evtl. auf Rückweisung der Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Am 14. Oktober 2009 wurde beschlossen, zum gestützt auf die Vollmacht vom 22. Juli 2008 erteilten Überwachungsauftrag sowie zur behaupteten



Verrechnungsvereinbarung im Oktober 2008 Y als Zeuge und B als Partei zu befragen. Zur nach Rücksprache mit B auf den 10. November 2009 anberaumten Verhandlung erschien Y, nicht aber B, der durch seinen Rechtsvertreter vorbringen liess, krank zu sein. Die Verhandlung wurde gleichwohl durchgeführt und B aufgefordert, bis Freitag, 13. November 2009 ein ärztliches Zeugnis sowie eine schriftliche Erklärung beizubringen, dass er seinen Arzt vom Arztgeheimnis entbinde, ansonst auf seine Befragung zur Sache verzichtet werde. Diese Frist verstrich unbenützt.

Auf das Ergebnis der Beweiserhebung und auf die zur Begründung ihrer Standpunkte gemachten Ausführungen der Beteiligten wird, soweit notwendig, im Folgenden eingegangen.

II.

1. Die von Amtes 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 um eine ausserordentliche Kündigung dreht, war die Einzelrichterin des Kreisgerichts als Ausweisungsrichterin auch zur Beurteilung der bereits vor der Schlichtungsstelle anhängigen Anfechtungsklage zuständig (Art. 274 g OR; vgl. GVP 1991 Nr. 37).

3. Die Rekurrenten lassen die Zuständigkeit der Vorinstanz bestreiten, "da zwischen den Parteien zwingend die Durchführung einer Mediation und eines anschliessenden Schiedsverfahrens vereinbart" worden sei; zum Beweis berufen sie sich auf folgenden Passus in der schriftlichen Vollmacht vom 22. Juli 2008 (ausw.kläg. act. 11; ausw.bekl. act. 8):



" Die Vertragsparteien verpflichten sich, Streitigkeiten zunächst aussergerichtlich, mit Hilfe eines vom Schweizer Immobilienverband (SWIT) verbindlich benannten Mediators beizulegen. Die Anrufung des Schiedsgerichts ist erst dann zulässig, wenn die Mediation gescheitert ist. Dabei hat der Mediator das Scheitern der Mediation festzustellen.

Der Mediator, der vom Auftragnehmer und vom Auftragsgeber angerufen werden kann, ist verpflichtet, das Mediationsverfahren innerhalb einer Frist von einem Monat nach Anrufung durchzuführen. Kommt während dieser Zeit keine Einigung im Mediationsverfahren zustande, so ist der Rechtsweg zum Schiedsgericht eröffnet."

sowie auf eine Befragung von Y als Zeuge und auf sie selber als Partei (Stellungnahme vom 28.05.2008, 2 Ziff. II/2; Rekurs, 2 Ziff. II/3). Die Vorinstanz verwarf die Unzuständigkeitseinrede mit der Begründung, diese sei gemäss Art. 274c und 274a Abs. 1 lit. e OR nichtig. Dazu fällt was folgt in Betracht:

a) Die zitierte Mediations- und Schiedsabrede bezieht sich nach dem Wortlaut auf Streitigkeiten aus den Aufträgen, die sich aus der Vollmacht, d.h. aus dem Vertretungsauftrag als solchem ergeben. Das zwischen den Parteien zuvor abgeschlossene Mietverhältnis fällt nicht darunter, da B dort nicht als Vertreter fungiert - sowenig wie seine Ehefrau C -, sondern in eigener Sache.

b) Die Rekurrenten behaupten sodann nicht, man sei sich einig gewesen, dass sich die Abrede vom 22. Juli 2008 auch auf allfällige Streitigkeiten aus dem zuvor am 14. Juli 2008 abgeschlossenen Mietvertrag beziehen sollte; die beantragte Befragung zwecks authentischer Interpretation, welche der Auslegung nach dem - den Mietvertrag nicht einbeziehenden - Wortlaut (als Willensäusserung) vorginge, war und ist daher entbehrlich (vgl. dazu auch unten lit. d).

c) Die Rekurrenten lassen in den Rechtsschriften ihren Wohnort (vgl. Art. 161 Abs. 1 lit. a ZPO) mit ... (Adresse der Liegenschaft Q) ... angeben, und sie behaupten auch nicht, an einem andern Ort zu wohnen. Es ist daher ohne Weiteres davon auszugehen, dass sich im Mietobjekt auch die Wohnung der Rekurrenten befindet, entsprechend der im Vertrag festgehaltenen Benützungart ("Wohnung + Parterre



Bürräumlichkeiten"). Bei gemischt genutzten Objekten aber ist vor dem Hintergrund des Schutzzweckes von Art. 274c OR die Nutzung als Wohnung entscheidend.

Die Schiedsklausel wäre daher, falls sie sich nach dem Willen der Parteien - über den Wortlaut und die systematische Stellung hinaus - auch auf den Mietvertrag beziehen sollte, mit der Vorinstanz als unverbindlich zu betrachten.

d) Die Rekurrenten haben sich mit ihrer Anfechtungsklage vom 20. März 2009 bei der staatlichen Schlichtungsstelle selber nicht an das Prozedere gemäss Schiedsabrede gehalten, indem sie es - in der Klägerrolle - unterliessen, zunächst einen Mediator und dann das Schiedsgericht anzurufen. Das lässt einerseits darauf schliessen, dass sie die Schiedsabrede für den Mietvertrag selber nicht als anwendbar betrachteten (siehe dazu oben lit. b), andererseits verhalten sie sich widersprüchlich, wenn sie - im Ausweisungsverfahren in der Beklagtenrolle - den staatlichen Richter gleichwohl als unzuständig erklären.

e) Die Unzuständigkeitsrede ist damit nicht zu hören, sondern erscheint vielmehr als trölerisch.

4. Ist aber zur Beurteilung von Kündigungsanfechtung und Ausweisung der staatliche Richter, für Streitigkeiten aus den Dienstleistungsaufträgen gemäss Vollmacht vom 22. Juli 2008 dagegen - nach vorgängiger Mediation - ein Schiedsgericht zuständig, so stellt sich die weitere Frage, ob der staatliche Richter beim Entscheid über die Frage, ob sich die Rekurrenten gemäss Art. 257d Abs. 1 OR im Zahlungsrückstand befanden, als ihnen gekündigt wurde, die Forderung auf Auslagenersatz (für Kosten der Überwachung) aus dem Auftrag vom 22. Juli 2008 in sachgemässer Anwendung von Art. 70 ZPO beurteilen darf oder nicht.

Nach der Lehre und Rechtsprechung hat der staatliche Richter in einem eigentlichen Forderungsprozess das Verfahren zu sistieren und erst wieder aufzunehmen, nachdem das Schiedsgericht über die Verrechnungsforderung entsprechend entschieden hat (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur St. Gallischen Zivilprozessordnung, N 3c zu Art. 70 ZPO; Viktor Aepli, Zürcher Kommentar, N 130 f Vorbemerkungen zu Art. 120 - 126 OR [Fall 2]). Ein solches Vorgehen kommt in casu nicht in Frage, denn dem



Vermieter ist die damit verbundene Verfahrensverzögerung nicht zuzumuten. Dann aber versteht es sich von selbst, dass der staatliche Richter die Verrechnungsforderung, mit welcher die Mieter die Mietschulden getilgt und einen Zahlungsrückstand und damit den Ausweisungsgrund von Art. 257 d OR vermieden haben wollen, selber zu beurteilen hat.

III.

Nach Art. 257 d OR kann der Vermieter dem Mieter von Wohnräumen, der sich 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.

1. Umstritten ist, ob sich die Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinse überhaupt im Rückstand befanden, als sie mit eingeschriebenen Briefen vom 20. Januar 2009 (ausw.kläg. act. 5a und b) zur Zahlung ausstehender Mietzinse über Fr. 21'000.- aufgefordert und ihnen die Kündigung angedroht wurde.

a) Der Vermieter, handelnd durch den damaligen Liegenschaftenverwalter Y, bezifferte den Zahlungsrückstand in der Kündigungsandrohung vom 20. Januar 2009 auf Fr. 21'000.- (5 Mietzinse à Fr. 4'200.- für die Zeit vom 01.09.2008 bis 31.01.2009) und stellte sich damit - teilweise im Widerspruch zu früheren Abmachungen (dazu sogleich) - auf den Standpunkt, der Mieter sei seit Mietbeginn am 1. September 2008 sämtliche Zinsen schuldig geblieben. Im Ausweisungsbegehren vom 16. April 2009 lässt er konzedieren, dass für die Monate September bis November 2008 "eine separate Vereinbarung" bestanden habe; schuldig geblieben sei der Mieter jedenfalls die Mietzinse für die Monate Dezember 2008 und Januar 2009 (Klage, 3 Ziff. III/2 und 3; vi-act. 1).

Die Mieter halten dagegen, die fraglichen Mietzinse für Dezember 2008 und Januar 2009 wie bereits jene für die ersten Monate September bis November durch Verrechnung getilgt zu haben.



Die Vorderrichterin bejahte den Zahlungsrückstand schon deshalb, weil der - ein angebliches Verrechnungsrecht reklamierende - Mieter B innert der in der Kündigungsandrohung angesetzten Zahlungsfrist keine Verrechnungserklärung abgegeben habe (Urteil 5 f. Erw. 4 c am Ende), was zutrifft.

b) Die Mieter beziffern ihre - auf diverse, im Rahmen des Dienstleistungsvertrags gemäss Vollmacht vom 22. Juli 2008 geleisteten Aufträge zurückgeführten - Gegenforderungen auf insgesamt Fr. 50'600.- (Klageantwort 5 ff. Ziff. III/2h [vi-act. 16]). Auf die Verrechnung mit den Mietzinsforderungen "habe man sich ca. Mitte Oktober 2008" geeinigt. Es seien "fällige Forderungen" von B "teils fälligen, teils erfüllbaren Forderungen" des Vermieters gegenüber gestanden, "so dass bereits infolge dieser Verrechnungsvereinbarung die Mietzinsschulden getilgt" worden seien; eventualiter sei "diese Tilgung (einschliesslich der Miete für Januar 2009 und Folgemonate) spätestens mit nochmaliger Verrechnungserklärung ... vom 15.12.2009 [recte: 2008; ausw.bekl. act. 7] erfolgt" (Klageantwort, 2 f. III/1). Dazu fällt was folgt in Betracht:

c) Schuldentilgung durch Verrechnung ist - entgegen dem engen Wortlaut des Art. 120 Abs. 1 OR - bereits möglich, wenn die Verrechnungsforderung fällig und die Hauptforderung erfüllbar ist (Wolfgang Peter, Basler Kommentar, 4. Aufl., N 4 zu Art. 120 OR mit zahlreichen Hinweisen auf die herrschende Lehre).

aa) Die Hauptforderungen des Vermieters (Mietzinse) erscheinen in casu als erfüllbar. Dem steht die vertragliche Abmachung, wonach die Mietzinse monatlich im Voraus zu bezahlen sind (Mietvertrag vom 14. Juli 2008; ausw.kläg. act. 1), nicht entgegen. Soweit das Bundesgericht darin einmal eine Regelung der "Erfüllbarkeit der Mietzinsforderungen" erkannt und ausgeführt hat, in solchen Fällen sei die Hauptforderung im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung jeweils nur im Umfang einer Monatsmiete erfüllbar (Urteil vom 14.11.2003; 4C164/2003 Erw. 2.2), ist diese Auffassung vor dem Hintergrund jenes konkreten Falles - ein Darlehensnehmer und Vermieter wollte seine fällige Darlehensschuld gegenüber dem Darlehensgeber und Mieter durch Verrechnung mit zukünftigen Mietzinsforderungen tilgen - zu sehen, welche Sichtweise dem vorliegenden Fall indessen nicht gerecht wird. Wieso ein Mieter und Gläubiger seine fällige Forderung gegenüber dem Vermieter mit erst später fällig



werdenden Mietzinsansprüchen des Vermieters nicht soll verrechnen können - statt sie sofort einzutreiben -, ist nicht einzusehen.

Voraussetzung für die behauptete Tilgung der fraglichen Mietzinsforderungen des Vermieters ist freilich das Vorliegen rechtsbeständiger Gegenforderungen sowie einer rechtswirksamen Verrechnung derselben. Das ist im Folgenden zu prüfen.

bb) Die Vorinstanz liess die Verrechnung schon deshalb nicht gelten, weil während der mit der Mahnung und Kündigungsandrohung vom 20. Januar 2009 angesetzten Zahlungsfrist keine Verrechnungserklärung erfolgte (Urteil, 5 f. Erw. 4c).

Von den Rekurrenten zu Recht gerügt wird in diesem Zusammenhang vorab, dass sich die Vorderrichterin mit ihrer Argumentation, die Verrechnung basiere auf einer im Oktober 2008 geschlossenen vertraglichen Vereinbarung mit dem Rekursbeklagten, mit keinem Wort auseinandersetzt (Rekurs, 5 f. Ziff. 8e). Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Vorinstanz verkennt, dass die Regelung der Verrechnung durch einseitige Gestaltungserklärung im Gesetz weitgehend dispositiver Natur ist, d.h. dass die Parteien grundsätzlich frei sind, die Verrechnung gegenseitiger Forderungen vertraglich zu regeln (Viktor Aepli, a.a.O., N 199 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 120 - 126 OR).

Eine Abrede im hier behauptete Sinne eines antizipierten Verrechnungsvertrags - analog einer Kontokorrentvereinbarung - ist inhaltlich ohne Weiteres zulässig, nämlich die, dass bestehende und zukünftige Forderungen von B aus dem Vertretungsvertrag mit bestehenden und zukünftigen Mietzinsforderungen ohne Abgabe von Verrechnungserklärungen getilgt werden sollen. Eine solche Vereinbarung setzt nicht voraus, dass die Parteien im Zeitpunkt der Verrechnungsvereinbarung bereits über verrechenbare Forderungen verfügen, die Verrechnungswirkung (Tilgung) kann jedoch lediglich in dem Umfang eintreten, als sich verrechenbare Forderungen gegenüberstehen.

cc) Die Hauptforderung von Fr. 50'000.- begründet B mit einem Anspruch auf Auslagenersatz für von ihm erlegte Kosten von Euro 115'000.- im Zusammenhang mit dem Überwachungsauftrag (Rechnung ... Sicherheitsdienste vom 01.11.2008;



bekl. act. 3). In den Rechtsschriften wird nicht erklärt, weshalb B nur einen Bruchteil dieser Auslagen zur Verrechnung stellt. Aus einer E-Mail von B an Y vom 4. September 2008 ist indessen zu entnehmen, dass die Rekurrenten ein erhebliches Eigeninteresse hatten, da der Vermieter die pünktliche Übergabe der Liegenschaft per 1. September 2008 "nicht garantieren" konnte und wollte (ausw.bekl. act. 21), was zutrifft (siehe letzter Absatz der separaten Vereinbarungen zum Mietvertrag; ausw.kläg. act. 1).

Der Rekursbeklagte bestreitet zunächst seine Passivlegitimation betreffend den Auflagenersatz; Auftraggeber von B sei der Verwalter gewesen, nicht er (Ausweisungsklage, 6 Ziff. III/13; Rekursantwort, 6 Ziff. III/2.2). Ferner wendet er ein, die Verrechnung der behaupteten Forderungen sei - abgesehen allenfalls für die Mietzinse September bis November 2008 - "nicht möglich", da B "seine Aufwendungen weder je ausdrücklich geltend gemacht noch je detailliert aufgelistet" habe (Ausweisungsklage, 6 Ziff. III/14). Dies gelte auch für den Verrechnungseinwand im Schreiben vom 15. Dezember 2008, dessen Erhalt jedoch ausdrücklich bestritten werde (Rekursantwort 10 Ziff. III/8.3).

Dass der Liegenschaftsverwalter sich bei den B erteilten Aufträgen nicht im eigenen Namen verpflichten wollte, sondern als (direkter) Vertreter des Vermieters handelte, liegt auf der Hand bzw. in der Natur des Liegenschaftsverwaltungsvertrags. Weiter ist auch die Befugnis des Liegenschaftsverwalters zu bejahen, die eigenen Möglichkeiten übersteigenden Besorgungen im Zusammenhang mit der Liquidation des früheren Mietverhältnisses einem Dritten zu übertragen. Und wenn dann dieser Dritte - B -, von der ihm ausdrücklich eingeräumten Ermächtigung "zur Vornahme von Rechtsgeschäften" Gebrauch machend einen Auftrag zur Überwachung der gefährdeten Liegenschaft erteilte, so hat er für die damit entstandenen Auslagen Anspruch auf Ersatz. Allerdings kann er diesen Anspruch als Substitut nicht gegen den Vermieter als Hauptauftraggeber durchsetzen, sondern muss ihn gegen den Liegenschaftsverwalter geltend machen (Art. 399 Abs. 3 OR e contrario; Walter Fellmann, Berner Kommentar, N 109 zu Art. 399 OR). Anders verhielte es sich nur, wenn der Rekursbeklagte diesen speziellen Auftrag genehmigt hätte - was formlos geschehen kann -, womit diesbezüglich ein eigentlicher Hauptauftrag entstanden wäre (Rolf H. Weber, Basler Kommentar, N 7 zu Art. 399 OR). Solches konnte der glaubwürdige Zeuge Y freilich nicht bestätigen; wohl habe B den Überwachungsauftrag



## St.Galler Gerichte

nach Rücksprache mit ihm und mit seinem Einverständnis erteilt, doch A sei darüber nicht orientiert worden.

Die Passivlegitimation des Rekursbeklagten ist daher zu verneinen.

dd) Steht B nach dem Gesagten aber keine Forderung gegenüber dem Vermieter zu, fehlt es an einem Verrechnungsobjekt, woran der Umstand nichts mehr zu ändern vermöchte, dass der Liegenschaftenverwalter eine Verrechnungsabrede getroffen hätte. Die Befugnis des u.a. mit dem Mietzinsinkasso betrauten Liegenschaftenverwalters zum Abschluss einer Verrechnungsvereinbarung wäre ohne weiteres zu bejahen, zumal eine solche im besten Interesse des Vermieters gewesen wäre, von dem B die - im Zeitpunkt der Aufwendung fällig werdende (Walter Fellmann, a.a.O., N 52 zu Art. 402 OR) - Forderung auf Ersatz der Auslagen sonst sofort hätte geltend machen können.

Die Rekurrenten behaupten wie erwähnt, dass man sich "ca. Mitte Oktober 2008" auf die Verrechnung mit den Mietzinsforderungen geeinigt habe. Allein auch diese Vereinbarung konnte der glaubhaft aussagende Zeuge nicht bestätigen. Abgemacht worden sei, so der Zeuge, lediglich, dass B mit den Mietzinsen September bis November 2008 verrechnen könne.

ee) Ist aber das Zustandekommen der behaupteten Verrechnungsvereinbarung nicht bewiesen, wären die fraglichen Mietzinsen Dezember 2008 und Januar 2009 selbst bei Bestehen einer Gegenforderung B's nach wie vor unbezahlt, es sei denn, diese Schulden seien aufgrund der - eventualiter - behaupteten schriftlichen Verrechnungserklärung gemäss Schreiben vom 15. Dezember 2008 getilgt worden. Davon kann freilich nicht ausgegangen werden, weil der Rekursgegner den Erhalt dieses Schreibens bestreitet, die Rekurrenten dessen Zustellung nicht beweisen können und auch der Zeuge Y den Erhalt des Schreibens nicht bestätigen konnte.

Beizufügen bleibt, dass selbst wenn die behauptete Verrechnungsvereinbarung als solche bewiesen wäre, hinsichtlich der Forderung auf Auslagenersatz nicht davon ausgegangen werden könnte, dass die zur Tilgung der Mietzinsschuld erforderliche Verrechnungswirkung eingetreten wäre. Diese tritt nämlich nicht einfach eo ipso im



Zeitpunkt der Fälligkeit ein, sondern setzt - es handelt sich hier um eine Obliegenheit des Beauftragten - eine ordnungsgemässe Abrechnung über die Auslagen voraus (vgl. dazu Fellmann, a.a.O., N 55 zu Art. 402 OR und Entscheid des Kantonsgerichts Waadt vom 06.01.2005 [mp/09]). Bevor der Auftraggeber die Begründetheit von Auslagenersatzbegehren anhand von nachvollziehbaren Aufstellungen und Belegen überprüfen kann, braucht er nicht zu bezahlen oder sich - wie im vorliegenden Fall - eine Verrechnung gefallen zu lassen. Der Rekursgegner wendete diesbezüglich ein, B habe "seine Aufwendungen weder je ausdrücklich geltend gemacht noch je detailliert aufgelistet" (Ausweisungsklage, 6 Ziff. III/14). Die Rekurrenten konterten darauf mit ihrer Darstellung in der Klageantwort vom 28. Mai 2007 [recte: 2009] ("Stellungnahme 1", 5f. Ziff. III/1h). Eine entsprechende Aufstellung - geschweige denn Belege - früher geliefert zu haben, behaupten sie nicht. Die Zustellung des Schreibens vom 15. Dezember 2008 ist wie ausgeführt nicht bewiesen, und B konnte dazu wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Beweisverhandlung nicht befragt werden.

Damit bleiben die Rekurrenten den Nachweis, die Mietzinsen der Monate Dezember 2008 und Januar 2009 durch Verrechnung getilgt zu haben, schuldig. Es ist daher davon auszugehen, dass sie sich im Zahlungsrückstand befanden, als sie am 20. Januar 2009 gemahnt, zur Zahlung aufgefordert und ihnen die Kündigung angedroht wurde.

2. Zu prüfen bleibt, ob der Rekursbeklagte die Zahlungsfrist von dreissig Tagen beachtet habe, denn eine vor Ablauf der Zahlungsfrist von Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR ergangene Kündigung wäre nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung entweder unwirksam oder nichtig (Roger Weber, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 257d OR mit zahlreichen Hinweisen), was jedenfalls dann, wenn sie, wie hier, vom Mieter angefochten wird oder wenn dieser sich einer gestützt darauf angestregten Ausweisung widersetzt, zum selben Ergebnis führt, nämlich zur Feststellung von deren Ungültigkeit.

a) Die eingeschriebenen Sendungen vom 20. Januar 2009 mit der Kündigungsandrohung wurden den Mietern am 21. Januar 2009 zugestellt (Suchergebnis Track & Trace vom 07.04.2009; ausw.kläg. act. 6 a und b).



## St.Galler Gerichte

Die dreissigtägige Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR begann am Tag nach der Zustellung (Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 37-39 zu Art. 257d OR mit Hinweisen), mithin am 22. Januar 2009 zu laufen und endete am Freitag, 20. Februar 2009.

b) Die eingeschrieben versandte Kündigung als solche gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann als zugestellt, wenn die Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wird, und sie wird wirksam am Tag, an dem es dem Gekündigten nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, den Brief abzuholen, d.h. in der Regel am folgenden Tag (Peter Higi, Zürcher Kommentar, N 51 zu Art. 257d OR mit Verweis auf BGE 118 II 42 ff., 44 Erw. 3b).

Die eingeschriebenen Sendungen vom 20. Februar 2009 mit den Kündigungen wurden den Mietern am Montag, 23. Februar 2009, zur Abholung avisiert (Suchergebnis Track & Trace vom 07.04.2009; ausw.kläg. act. 8 a und b), weshalb die Kündigungen als am 24. Februar 2009, mithin vier Tage nach Ablauf der in Art. 257d Abs. 1 Satz 2 OR für Wohn- und Geschäftsräume vorgesehenen Zahlungsfrist (20.02.2009), als erfolgt gelten.

Die Kündigungen sind daher gültig.

3. Eine Mieterstreckung bei Kündigungen wegen Zahlungsrückstandes gemäss Art. 257d OR ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

4. Ist nach dem Gesagten die Kündigung gültig und eine Mieterstreckung ausgeschlossen, so ist festzustellen, dass das Mietverhältnis per 31. März 2009 beendet wurde. Der Rekurrenten als Mieter haben kein Recht mehr, im Mietobjekt zu verbleiben; sie müssen es zurückgeben (Art. 267 Abs. 1 OR).

Der gegen den Entscheid der Vorinstanz vom 25. August 2009 erhobene Rekurs ist als unbegründet abzuweisen.

-----