



AR GVP 33/2021 Nr. 3820

Kündigung eines Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs (Art. 257d OR); Rechtsschutz in klaren Fällen - Mieterausweisung (Art. 257 ZPO). Beachtlichkeit einer am zweitletzten Tag der Zahlungsfrist ausgesprochenen Kündigung verneint.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 06.04.2021, ERZ 21 4

Aus den Erwägungen:

2.2 Ist die Mieterin von Wohn- oder Geschäftsräumen nach der Übernahme der Mietsache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen setzen und ihr androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde; bezahlt die Mieterin innert der gesetzten Frist nicht, so kann die Vermieterin das Mietverhältnis mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257d OR).

Die Kündigungsandrohung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und es gilt für den Zugang die relative Empfangstheorie (EVA BACHOFNER, Die Mieterausweisung, 2019, Rz. 149; Urteil des Bundesgerichts 4A_451/2011 vom 29. November 2011 E. 3.1). Die Zahlungsfrist beginnt am Tag nach der Zustellung der Kündigungsandrohung zu laufen (*dieselbe*, a.a.O., Rz. 157).

2.3 Vorliegend hat die Berufungsbeklagte die Kündigungsandrohung am 27. April 2020 per Einschreiben verschickt. Wann die Androhung dem Berufungskläger ausgehändigt worden ist, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Frühestens ist es der Folgetag der Postaufgabe gewesen, hier also der 28. April 2020. Somit hat die 30tägige Zahlungsfrist am 29. April 2020 zu laufen begonnen und endete am 28. Mai 2020. Die Kündigung hätte also frühestens am 29. Mai 2020 ausgesprochen werden dürfen. Die Berufungsbeklagte hat aber bereits zwei Tage vorher, am 27. Mai 2020, gekündigt. Dieser Umstand macht die Kündigung unwirksam (BGE 121 III 156 E. 1c/aa; BACHOFNER, a.a.O., Rz. 163 S. 87 oben und Rz. 194 S. 109 oben). Weil vorliegend die Kündigung am *zweitletzten* Tag der Zahlungsfrist verschickt worden ist, ist die Rechtsprechung zur Beachtlichkeit einer am *letzten* Tag der Zahlungsfrist ausgesprochenen Kündigung (Urteil des Bundesgerichts 4A_585/2010 vom 2. Februar 2011 E. 3.5; im Kern geht es nicht um das Versanddatum der Kündigung, sondern darum, dass die Kündigung noch vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Mieter eintrifft: IRÈNE SPIRIG, in: Anita Thanei und andere [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, Nr. 27.2.8 S. 714. Dies ist vorliegend der Fall.) hier nicht zu befolgen. Zwar hat sich der Berufungskläger nicht auf die verfrühte Kündigung berufen, die Unwirksamkeit einer Kündigung ist aber nach einhelliger Lehre von Amtes wegen zu prüfen (BACHOFNER, a.a.O., Rz. 453 S. 245, mit vielen Hinweisen). Das Gericht hat die Unwirksamkeit zu beachten, wenn sie sich aus den Akten ergibt (*dieselbe*, a.a.O., Rz. 453 S. 246). Ohne gültige Kündigung ist eine Ausweisung nicht möglich. Mithin kann auf das Gesuch der Berufungsbeklagten nicht eingetreten werden. Dies führt zur Gutheissung der Berufung und Aufhebung des angefochtenen Entscheids.