

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen.

Urteil vom 20. Juli 2011

in Sachen

A. _____

Beklagter und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG,**

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ausweisung / Kündigungsschutz**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirkes Bülach vom 16.
Februar 2011 (EU100196)

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte ist Mieter der 4.5-Zimmerwohnung im 2. OG der Liegenschaft der Klägerin an der ...strasse ... in C._____. Weil der Beklagte die Heiz- und Nebenkostenabrechnung 2009/10 in der Höhe von knapp Fr. 400.-- nicht beglich, wurde ihm von der Klägerin gekündigt und ein Ausweisungsbegehren gestellt. Der Beklagte widersetzt sich der Kündigung, weil er sie für ungültig hält.

2. Die Vorinstanz hat das Kündigungsanfechtungsbegehren des Beklagten abgewiesen und ihm befohlen, die Wohnung sofort nach Erhalt des gerichtlichen Entscheides ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Gleichzeitig wurde der Stadtmann von C._____ mit dem Vollzug beauftragt (act. 35 S. 14 f.; Dispositiv-Ziff. 1-3).

3. Dagegen liess der Beklagte und Berufungskläger Berufung erheben mit dem Antrag (act. 36 S. 2):

- „1. Die von der Berufungsbeklagten am 28. Oktober 2010 per 30. November 2010 ausgesprochene Kündigung der Mietwohnung der Klägerin sei für unwirksam zu erklären.
2. Das Begehren der Berufungsbeklagten um Ausweisung des Klägers vom 2. Dezember 2010 sei abzuweisen.
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt)“.

4. Nachdem dem Beklagten für das Berufungsverfahren zunächst ein Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- auferlegt worden war (act. 39 S. 4), wurde ihm in der Folge – nach Stellung eines entsprechenden Gesuches (act. 45 bis act. 47) – mit Beschluss vom 24. Mai 2011 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wurde ihm Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin beigegeben (act. 48 S. 7).

5. Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 15. April 2011 (act. 39, Dispositiv-Ziff. 2) mitgeteilt, dass die D._____ AG im Berufungsverfahren nicht als ihre Vertreterin zugelassen werde. Mit vom 6. Juni 2011 datierter Vollmacht (act. 55) legitimierte sich Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als Vertreter der Klägerin.

6. Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten mit Schreiben vom 15. Juni 2011 (eingegangen am 17. Juni 2011) zur Kenntnis gebracht (act. 56). Mit dem Hinweis darauf, dass die Berufungsantwort Noven enthielte, ersuchte die Rechtsvertretung des Beklagten um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (act. 58). In der Folge wurde die Rechtsvertreterin des Beklagten auf die Praxis der Kammer, basierend auf der einschlägigen bundesgerichtlichen Praxis (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3), hingewiesen, wonach keine Frist angesetzt wird, sondern dass ohne weiteres die Möglichkeit zu einer beförderlichen Stellungnahme besteht (act. 59). Mit Schreiben vom 27. Juni 2011 ersuchte die Vertreterin des Beklagten um Friststreckung von 10 Tagen bis zum 7. Juli 2011 (act. 60). Das wurde wiederum mit Hinweis auf die erwähnte Rechtsprechung abgelehnt (act. 61) und seitens der Vertreterin des Beklagten mit Eingabe vom 29. Juni 2011 kritisiert (act. 62). Schliesslich ging am 11. Juli 2011 die vom 7. Juli 2011 datierte Eingabe des Beklagten ein (act. 63). Da der Entscheid in der vorliegenden Angelegenheit in jenem Zeitpunkt noch nicht gefällt war, ist diese – praxisgemäss – noch zur Kenntnis zu nehmen.

Die Stellungnahme des Beklagten wurde schliesslich der Klägerin zugestellt (act. 64), welche am 18. Juli 2011 (Eingang 19.7.2011) ihrerseits Stellung nahm (act. 65 mit Beilage 66). Die Sache ist spruchreif. Sie macht geltend, die ungebetene Eingabe des Beklagten aus dem Recht zu weisen, erinnert an die Novenrechtsbeschränkung und reicht das Begleitschreiben zum Formular vom 7. Dezember 2005 nach (act. 66). All das spielt, wie sogleich zu zeigen sein wird, für den Entscheid das Falles keine Rolle.

7. Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht (ZPO/ZH) bis zum Abschluss vor der jeweiligen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Da das vorinstanzliche Verfahren noch im alten Jahr anhängig gemacht wurde, gelangt hierfür die ZPO/ZH zur Anwendung. Ist die schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht anwendbar, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation in Zivil- und Strafsachen [GOG] vom 10. Mai 2010), welches

ebenfalls per 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Entsprechend finden auf das vorinstanzliche Verfahren die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (GVG) Anwendung.

Hingegen gilt für das Rechtsmittel dasjenige Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzliche Verfügung datiert vom 16. Februar 2011, so dass für das Berufungsverfahren selbst die schweizerische ZPO und das GOG Anwendung finden. Soweit es um die Überprüfung des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids geht, hat sich die Kammer jedoch nach der ZPO/ZH und dem GVG sowie den zu jenem Zeitpunkt (noch) in Kraft gewesenen materiellen Bestimmungen des Mietrechts (insbesondere Art. 274g Abs. 1 OR) zu richten.

II.

1. Ist in einer Mietsache gleichzeitig zwischen denselben Parteien ein Ausweisungs- und ein Kündigungsschutzverfahren hängig, so beurteilt der Ausweisungsrichter auf Grund einer Kompetenzattraktion neben dem Ausweisungsbegehren auch die Wirkung der Kündigung, (u.a.) wenn der Vermieter wegen Zahlungsrückstands des Mieters gemäss Art. 257d Abs. 2 OR gekündigt hat (Art. 274g Abs. 1 OR [bis 31.12.2010 in Kraft]). Der Ausweisungsrichter hat mithin in einem solchen Fall den definitiven Entscheid über die Wirksamkeit oder Ungültigkeit der Kündigung zu treffen. Da dieser (materiell rechtskräftig werdende) Entscheid eine umfassende Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Fragen voraussetzt, verfügt der Ausweisungsrichter dabei über volle Kognition (Lachat et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage 2009, S. 687 f.). § 226 ZPO/ZH, wonach bei Illiquidität auf das Begehren nicht einzutreten ist und dem Kläger sodann die Klage im ordentlichen Verfahren offensteht, kommt somit nicht zur Anwendung (BGE 119 II 141). Als Folge davon sind gemäss § 209 Abs. 2 ZPO/ZH sämtliche Beweismittel zulässig.

2. In Mietsachen galt und gilt die soziale Untersuchungsmaxime (Art. 274d Abs. 3 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO), mit dem primären Zweck der Gleichbehand-

lung der Parteien und des Schutzes der sog. sozial schwächeren Vertragspartei. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Untersuchungsmaxime im umfassenden Sinn. Die Parteien verfügen frei über den Streitgegenstand und haben ihre zivilprozessualen Mitwirkungspflichten wahrzunehmen. Insbesondere hat entsprechend die klagende Partei das Klagefundament in tatsächlicher Hinsicht darzutun (§ 113 ZPO/ZH), d.h. sie hat substantiierte Behauptungen zu den rechtsgenügenden Tatsachen vorzubringen oder – wenigstens – Akten vorzulegen, aus welchen sich diese Tatsachen ergeben. Insoweit wird die Substantiierungspflicht infolge des sozialen Untersuchungsgrundsatzes gemildert (vgl. Weber, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl. 2007, N 5 ff. zu Art. 274d OR). An der grundsätzlichen Substantiierungspflicht ändert dies indes nichts. Auch die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO/ZH bedeutet nicht, dass bei mangelnder Substantiierung des Klagefundaments durch den Kläger die Parteien auf den relevanten Sachverhalt hinzuweisen wären und die rechtsbegründenden Tatsachen richterlich erfragt werden müssten. Viel mehr kann in einem solchen Fall, insbesondere bei anwaltlicher Vertretung, angenommen werden, dass sich die betreffenden Tatsachen nicht verwirklicht haben und sie aus diesem Grund nicht behauptet wurden. Entsprechend ist darüber auch nicht Beweis abzunehmen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 4 zu § 55 ZPO/ZH).

Wie bereits erwähnt, richtet sich das Verfahren vor der Kammer nach der neuen ZPO. Hinsichtlich der Noven gilt Art. 317 Abs. 1 ZPO: Sie werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zutunmühter Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten. Allerdings besteht bei Geltung der Untersuchungsmaxime eine Ausnahme, indem dort ein offenes Novenrecht gilt (ZK ZPO-Reetz/Hilber, N. 15 zu Art. 317; KUKO ZPO-Brunner, N. 8 zu Art. 317; BSK ZPO-Spühler, N. 7 zu Art. 317; Peter Volkart, Dike-Komm-ZPO, N. 17 zu Art. 317).

3. Die Vorinstanz hat das Begehren des Beklagten betreffend Anfechtung der Kündigung ab- und den Beklagten aus dem Mietobjekt ausgewiesen. Sie ging von einer Zustellung der Heiz- und Betriebskostenabrechnung per 12. Juli 2010

aus (act. 35 S. 5 E. 3.3.). In der Frage, ob sich der Beklagte im Zahlungsverzug befand, bzw. ob er fristgerecht Einsprache gegen die Nebenkostenabrechnung erhoben hatte, hat die Vorinstanz ausgeführt, dass der ausstehende Betrag erst nach eingeleiteter Betreuung bezahlt worden sei, so dass er sowohl am 10. September 2010 (Datum der Mahnung mit Fristansetzung) als auch am 28. Oktober 2010 (Datum der Kündigung) in Verzug gewesen sei (act. 35 S. 6 E. 3.5.1.). Die bestrittene Behauptung des Beklagten, er habe mit A-Post rechtzeitig Einsprache gegen die Nebenkostenabrechnung erhoben (act. 36 S. 6 E. 3.5.1), habe sich mit der Einvernahme des Postangestellten E. _____ nicht erhärten lassen und weitere vom Beklagten eingereichte Unterlagen seien für diese Frage nicht aussagekräftig gewesen (act. 35 S. 6 ff. E. 3.5.3. und 3.6.). Sowohl das Mahnschreiben mit Kündigungsandrohung vom 10. September 2010 als auch die Kündigung per 28. November 2010 seien demnach gültig und wirksam erfolgt (act. 35 S. 10 E. 3.8). Ausserdem verneinte die Vorinstanz die Frage, ob die Tatsache, dass der Mietzins immer rechtzeitig bezahlt worden sei und dass der Beklagte der Klägerin seine Auslandsabwesenheit vom 11. September 2010 bis zum 31. Oktober 2010 zum voraus angezeigt habe, einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstelle (act. 35 S. 10 f. E. 3.9.1.). Schliesslich hielt sie fest, dass es nicht rechtsmissbräuchlich sei, das Mietverhältnis wegen eines Ausstandes in der Höhe von knapp Fr. 400.-- zu kündigen und verneinte das Vorliegen einer Rachekündigung (act. 35 S. 11 E. 3.9.2., E. 3.9.4.).

4. a) Zur Begründung seines Antrages, die Kündigung seiner Wohnung als unwirksam zu erklären und das Ausweisungsbegehren abzuweisen (act. 36 S. 2) führt der Beklagte insbesondere an, dass die Vorinstanz nur geprüft habe, ob gegen die Nebenkostenabrechnung Einsprache geführt worden sei oder nicht. Richtigerweise hätte auch der Kündigungsgrund bzw. die Fälligkeit der gemahnten und in Betreuung gesetzten Forderung geprüft werden müssen (act. 36 Rz 1). Die ausserordentliche Kündigung sei mit Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR begründet worden. Die Mahnung mit Kündigungsandrohung vom 10. September 2010 hätte auf eine ausstehende Miete hingewiesen, obwohl es sich um Nebenkosten von Fr. 395.50 gehandelt habe, welche am 23. November 2010 nach eingeleiteter Betreuung bezahlt worden seien. Was an Nebenkosten nicht klar, ein-

zeln und abschliessend ausgeführt sei, müsse vom Mieter nicht bezahlt werden (Art. 257a Abs. 2 OR). Im Mietvertrag seien Heizung, Warmwasser, Hauswartung, Kabelferngebühr, Betriebskosten, Energiekosten und diverse Kosten aufgeführt. Abgerechnet werde hingegen über Strom Allgemein (Fr. 175.60), Kehricht/Grün- gut (Fr. 111.85), Lift Service (Fr. 218.20) und Kehricht Grundgebühren (Fr. 112.20) im Gesamtbetrag von Fr. 617.85, welche der Mietvertrag nicht aus- weise, so dass sie auch nicht bezahlt werden müssten. Der Anteil des Klägers an den spezifizierten Kosten betrage deshalb Fr. 3'737.85, was bei Akontozahlungen im Betrage von Fr. 3'960.-- einen Minus-Saldo von Fr. 222.15 erbege, den der Beklagte zu viel bezahlt habe. Damit gebe es gar keinen Zahlungsverzug. Weiter sei gesetzlich keine Einsprachefrist zur Beanstandung der Nebenkostenabrech- nung vorgesehen, so dass eine vertraglich vorgesehene Befristung unzulässig sei. Entscheidend sei, dass der Beklagte tatsächlich Einsprache erhoben habe (act. 36 Rz 4).

4. b) Die Klägerin verlangt die Abweisung der Berufung bzw. allenfalls eine Rückweisung an die erste Instanz. Der Beklagte berufe sich auf unzureichende Abklärungen durch die Vorinstanz, insbesondere auf die Unrichtigkeit der Neben- kostenabrechnung. Richtig sei, dass zwischen den Parteien von einer stillschwei- genden Saldovereinbarung auszugehen sei, weil gegen die Abrechnung innert der 30-tägigen Frist keine Einsprache erhoben wurde (act. 51 Rz 2 und 4). Der Mietvertrag zwischen den Parteien enthalte die abgerechneten Positionen tat- sächlich nicht, hingegen habe auf den 1. April 2006 eine mit amtlichem Formular vom 7. Dezember 2005 angezeigte Vertragsänderung stattgefunden, woraus sich die einzelnen Nebenkostenpositionen exakt erbege würden (act. 36 Rz 5). Aus- serdem habe der Beklagte die bestrittene Nebenkostenabrechnung nicht nur längst bezahlt, sondern auch im Schlichtungsverfahren anerkannt, was sich aus dem eingereichten Beschluss (act. 53/2) erbege. Das mache die Abrechnung in jeder Hinsicht rechtskräftig. Prozessual sei das Einreichen des Beschlusses im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 317 ZPO zulässig: Der Beschluss sei erst am 14. Februar 2011 versandt worden und erst am 16. Februar 2011 bei der Klägerin eingegangen, mithin nach der Hauptverhandlung des vorliegenden Verfahrens am 14. Februar 2011. Das Anerkenntnis ohne entsprechende Verfügung nachweisen

zu müssen, wäre unzumutbar gewesen und ausserdem sei die Nebenkostenabrechnung in ihrer Höhe und betreffend dieser Positionen vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden (act. 51 Rz 10). Weiter wies die Klägerin darauf hin, dass die 30-tägige Einsprache- bzw. Genehmigungsfrist in den allgemeinen Bestimmungen des Mietvertrages ausdrücklich vorgesehen sei (act. 51 S. 5).

4. c) Am 7. Juli 2011 (act. 63) bezog sich der Beklagte auf die mit amtlichem Formular angezeigte einseitige Vertragsänderung vom 7. Dezember 2005, womit die im Nettomietzins enthaltenen Nebenkosten aus diesem ausgegliedert worden seien (act. 63 S. 3). Das Formular müsse gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b VMWG eine Umschreibung der Forderung, den Zeitpunkt, auf den sie wirksam werde und eine klare Begründung der Forderung enthalten (Ziff. 1-3). Eine solche Begründung fehle, seien doch lediglich die neuen Nebenkosten aufgelistet, ohne dass dem Mieter auch nur ansatzweise erklärt werde, weshalb die Nebenkostenausscheidung vorgenommen werde bzw. diese neuen Positionen eingeführt würden. Damit sei für den Mieter nicht ersichtlich, ob nicht eine verdeckte Mietzinserhöhung vorgenommen worden sei. Insbesondere sei dem Beklagten nicht eröffnet worden, auf welcher Grundlage die neu ausgeschiedenen Nebenkosten mit einem Akontobetrag von Fr. 196.-- beziffert und verrechnet würden. Die seinerzeitige Nichtanfechtung des Formulars könne dem Beklagten deshalb nicht zur Last gelegt werden. Das erwähnte Begleitschreiben vom Dezember 2005 sei weder bekannt noch wäre es beachtlich, weil die fehlende Begründung weder ausgedehnt noch ersetzt werden könnte. Fehlende Begründung führe zur Rechtsfolge der Nichtigkeit (Art. 269d Abs. 2 lit. b i.V.m. Abs. 3), so dass eine solche Änderung keine Wirkungen entfalten könne. Der Beklagte habe die Nebenkostenabrechnung vom 6. Juli 2010 irrtümlich anerkannt und trotz Nichtigkeit derselben bezahlt (act. 63 S. 4). Liege kein Zahlungsverzug vor, so sei die Kündigung unwirksam und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen. Daran ändere auch die Anerkennung der fraglichen Nebenkostenabrechnung durch den Beklagten am 6. Januar 2011 vor der Schlichtungsbehörde nichts. Die materielle Rechtskraft beziehe sich lediglich auf die Nebenkostenabrechnung als solche, betreffe aber nicht die grundsätzliche Frage der Nichtigkeit der neu eingeführten Nebenkosten und Nichtigkeit sei nicht heilbar. Die Bezahlung sei aus Unkenntnis der Sach- und Rechtslage erfolgt und

der Beklagte habe von der bestehenden Nichtigkeit erst im Rahmen des Berufungsverfahrens erfahren. Schliesslich sei die Ansetzung einer Verwirkungsfrist im Zusammenhang mit den Nebenkosten unzulässig, auch wenn sie in den allgemeinen Bestimmungen des Mietvertrages vorgesehen sei (act. 63 S. 5).

III.

1. Vorab ist anzumerken, dass der vorinstanzliche Entscheid insoweit nicht zu beanstanden ist, als von einer verspäteten Einsprache gegen die Nebenkostenabrechnung auszugehen ist (act. 35 S. 5 E. 3.4 bis 3.6), da dem Beklagten der Beweis offensichtlich misslungen ist.

2. Art. 269d Abs. 1 OR bestimmt, dass Mietzinse auf den nächstmöglichen Kündigungstermin und unter Verwendung eines vom Kanton genehmigten Formulars sowie unter Anführung einer Begründung erhöht werden können. Gemäss Abs. 2 dieses Artikels sind Mietzinserhöhungen nichtig, wenn sie dem Mieter nicht auf dem vorgeschriebenen Formular mitgeteilt und nicht begründet werden und wenn mit der Mitteilung eine Kündigung angedroht oder ausgesprochen wird. Schliesslich sieht Abs. 3 vor, dass die aufgezeigten Regeln auch gelten, wenn der Vermieter den Vertrag einseitig zu Lasten des Mieters ändert, namentlich seine bisherigen Leistungen vermindert oder neue Nebenkosten einführt.

Fehlt das Formular, so ist die Vertragsänderung formnichtig, fehlt die hinreichende Begründung, ist sie inhaltlich nichtig (KUKO OR-Walter, N. 10 zu Art. 269). Die Begründung muss dem Mieter die Entscheidungsgrundlage dafür geben, ob er den Vertrag kündigen, die Änderung akzeptieren oder sie anfechten will (KUKO OR-Walter, N. 8 zu Art. 269d). Aus BGE 123 III 70 E. 3 c und d und BGer 4C.96/2005 ergibt sich, dass das Bundesgericht die Berufung auf Formmängel, insbesondere nach Erfüllung formungültiger Verpflichtungen, stets auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs prüft.

Als einseitige Vertragsänderung können mit dem amtlich genehmigtem Formular auch bisher integrierte Nebenkosten auf Abrechnung gestellt oder der Er-

satz von neuen Nebenkosten beansprucht werden (KUKO OR-Walter, N. 9 zu Art. 269d; BGE 121 III 460 E. 2a/bb). Nebenkostenfähige Aufwendungen sind zusätzlich zu den in Art. 257b OR genannten Kosten („Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie öffentliche Abgaben“) etwa „Kosten für Hauswartung und Gartenpflege, Liftbetrieb, Serviceabonnemente (z.B. Waschküche) Klimatisierung, Gemeinschaftsantennen- oder Kabelanlagen und Allgemestrom sowie die dem Vermieter in Rechnung gestellten öffentlich-rechtlichen Benutzungsgebühren für Wasser, Abwasser und Kehrichtabfuhr“ (KUKO Walter, N. 2 zu Art. 257 a/b). Werden die Nebenkosten auf die Mieter überwältzt, so sind die einzelnen Aufwendungen, die als Nebenkosten zu ersetzen sind, klar verständlich und detailliert aufzuführen (KUKO OR-Walter, N. 6 zu Art. 257a/b mit Hinweis auf BGE 121 III 460 E. 2a/aa).

Das, was die Klägerin auf dem Formular „Mietvertrags-Änderung per 01.04.2006“ vom 7. Dezember 2005 (act. 53/1) gemäss Art. 269d Abs. 3 OR angeführt hatte, sind zweifelsfrei abzugsfähige Nebenkosten; genannt werden Wasser, Abwasser, Kehrichtabfuhr inkl. Containerreinigung und Grüngutabfuhr, Allgemestrom, Hauswartung inkl. Umgebungs- und Gartenunterhalt inkl. Winterschnitt (Gehalt, Sozialleistungen und Material), TV-Gebühren, Lift: Unterhalt, elektrische Energie, Abo für Lifttelefon, Verwaltungskosten zuzüglich MWSt. Die Heiz- und Betriebskostenabrechnung vom 1.4.2009 bis 31.03.2010 (act. 2/3) enthält Posten zu Heizkosten, Hauswartung, Strom Allgemein, Wasser/Abwasser, Kehricht/Grüngut, Lift Service, Kabel-TV, sowie Kehricht Grundgebühren, was mit dem Formular (act. 53/1) übereinstimmt. Zu prüfen bleibt somit noch, ob diese Änderung eine genügende Begründung enthält.

Aus dem Formular (act. 53/1) ergibt sich, dass die Netto-Miete des Beklagten in jenem Zeitpunkt Fr. 1'450.-- betrug. Wegen der in diesem Betrag enthaltenen und auszulagernden Betriebskosten wurde die Nettomiete um Fr. 161.-- auf Fr. 1'289.00 gesenkt. Allerdings wurde dieser Betrag, zusammen mit der Pauschale für Hauswartungen von Fr. 35.--, mithin Fr. 196.--, als Nebenkostenkonto wieder zur reduzierten Nettomiete von Fr. 1'289.-- hinzugezählt, so dass bei ei-

nem gleichbleibendem Heizkostenkonto von Fr. 80.-- wie früher monatlich ein Betrag von Fr. 1'565.-- überwiesen werden musste.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ab 1. April 2006 nicht nur die Heizkosten, sondern auch die Betriebskosten nach effektivem Aufwand abgerechnet werden sollten. Was das bedeutet, wurde nicht besonders erwähnt, sondern ist dieser Abrechnungsart immanent und daher auch nicht besonders erklärungsbedürftig; insbesondere kann dies dazu führen, dass nach erfolgter Abrechnung – je nach der Höhe des effektiven Aufwandes – Nachzahlungen zu leisten sind. Was die Gründe des Vermieters zur „Einführung der Betriebskostenabrechnung nach effektivem Aufwand“ anbelangt, sind diese ebenfalls selbsterklärend und nicht auslegungsbedürftig (vgl. ZK OR-Higi, N. 82 ff. zu Art. 269d), kann er doch auf diese Weise zusätzlichen Aufwand, den der bei einer inbegriffenen Pauschale nicht weitergeben könnte, vermeiden. Die Änderung in act. 53/1 ist somit nach den Vorgaben von Art. 269d OR verständlich. Allerdings kommt es darauf, wie bei E. III./3. zu zeigen sein wird, letztlich gar nicht an.

2. Die Klägerin hat zusammen mit der Berufungsantwort den Beschluss der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Bülach vom 6. Januar 2011 (act. 53/2) eingereicht. Jenes Schlichtungsverfahren betraf die Anfechtung der gleichen Heiz- und Nebenkostenabrechnung, also diejenige, die im vorliegenden Fall auch der Zahlungsverzugskündigung zugrunde liegt. Die Parteien haben an der Schlichtungsverhandlung vom 6. Januar 2011 einen Vergleich geschlossen. Dieser lautet wie folgt:

- „1. Der Kläger anerkennt die Heiz-/Nebenkostenabrechnung 09/10 vom 6. Juli 2010, und die Parteien stellen fest, dass der Kläger die Nachforderung bereits beglichen hat.
2. Die Beklagte zieht die Betreibung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 4.11.2010; Schuldner A._____) beim Betreibungsamt C._____) zurück“.

Die Klägerin hat ausgeführt, dass es ihr nicht möglich gewesen sei, den am 14. Februar 2011 durch die Schlichtungsbehörde versandten Beschluss (act. 53/2 S. 3), der ihr am 16. Februar 2011 zugegangen sei (Eingangsstempel), bereits vor Vorinstanz einzureichen. Wie es sich damit verhält – die Verhandlung bei der Vorinstanz hat am 16. Februar (und nicht am 14. Februar) stattgefunden – kann of-

fen bleiben. Anlass zur Klärung der zeitlichen Verhältnisse des Eintreffens der Verfügung und des Zeitpunktes der Verhandlung besteht nicht, da – wie oben dargelegt (E. II./2.) – ein offenes Novenrecht gilt; ausserdem wurde bereits in der vorinstanzlichen Verhandlung vom 14. Januar 2011 auf die Anerkennung der Heiz- und Nebenkostenabrechnung 2009/2010 am 6. Januar 2011 vor der Schlichtungsbehörde hingewiesen (Prot. VI S. 4).

Die Anerkennung der Heiz- und Nebenkostenabrechnung geschah an der Schlichtungsverhandlung vor der Schlichtungsbehörde für Mietsachen. Sie erfolgte „unter Mitwirkung der Schlichtungsbehörde“ (act. 53/2 S. 2), so dass davon auszugehen ist, dass der Beklagte über die Rechtslage informiert war. Zwischen den Parteien war am Tag der Anerkennung der Abrechnung, am 6. Januar 2011, das Ausweisungs-/Kündigungsschutzverfahren pendent. Am 16. November 2010 hatte der Beklagte das Schlichtungsverfahren eingeleitet und die Klägerin hatte am 3. Dezember 2010 das Ausweisungsbegehren gestellt. Am 6. Januar 2011 stand die Hauptverhandlung vom 14. Januar 2011 unmittelbar bevor, wobei der Grund jenes Verfahrens eben gerade die besagte Nebenkosten-/Heizkostenabrechnung 2009/2010 war. Anzumerken ist, dass der Beklagte den Ausstand ausserdem nach Einleitung der Betreuung bezahlt hatte, wobei bei der Zahlung die unmittelbare Abwendung von betriebsrechtlichen oder mietrechtlichen Konsequenzen im Vordergrund gestanden haben mag. Das trifft jedoch für die Anerkennung vom 6. Januar 2011 nicht zu, weil es in jenem Zeitpunkt offensichtlich nichts mehr zu verhindern gab. Der Beklagte hat sich daher nach den Regeln des *venire contra factum proprium* – ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbotes in Art. 2 Abs. 2 ZGB – treuwidrig verhalten. Indem er in einen Verfahren die Nebenkostenabrechnung anerkennt und im anderen Verfahren diese als nichtig anfight, legt er ein unvereinbares und zwiespältiges Verhalten an den Tag (BSK ZGB I-Honsell, N. 43 f. zu Art. 2; vgl. Beispiele bei Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 12 N. 117; Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9.A., Bern 2010, S. 66; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich/ Basel/Genf, Band II Rz 2738). Solches Verhalten verdient keinen Rechtsschutz.

3. Die Vorinstanz hat die Zustellung von Mahn- und Kündigungsschreiben geprüft (act. 35 S. 8 ff. E. 3.7 bis 3.7.3). Sie weist darauf hin, dass der Beklagte das eingeschriebene Mahnschreiben mit Kündigungsandrohung sowie die Zahlungsfristansetzung vom 10. September 2010 nicht abgeholt habe. Das Argument des Beklagten, er habe der Klägerin mitgeteilt, dass er vom 11. September 2010 bis zum 31. Oktober 2010 im Ausland befinde, sei haltlos (a.a.O., S. 9, E. 3.7.2.). Es müssten einer Person auch wirksam eingeschriebene Briefe zugestellt werden können, wenn sich diese über mehrere Wochen nicht in ihrer Wohnung aufhalte. Es wäre dem Beklagten zuzumuten gewesen, einen Vertreter zu bestellen, um den Briefkasten zu leeren und bei Bedarf für ihn zu handeln. Die Bestellung eines Vertreters habe sich umso mehr aufgedrängt, als der Beklagte mit der Zustellung relevanter Scheiben durch die Klägerin habe rechnen müssen, wenn er – wie er behauptet – die Nebenkostenabrechnung angefochten habe, zumal der Auslandsaufenthalt mit einer sechswöchigen Abwesenheit verbunden gewesen sei (act. 35 S. 9 f. Rz 3.7.3.).

Auch wenn der Tatsache, dass die Klägerin eine ausstehende Miete – anstelle der ausstehenden Nebenkosten – als Grund für die Fristansetzung genannt hat (act. 2/4: „ausstehende Mietzinszahlung“), keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden soll, ist die Ansicht der Vorinstanz und mit ihr jene der Klägerin trotzdem zu klären: Dass es Sache des längerfristig Abwesenden ist, für eine Vertretung besorgt zu sein, ist unbestritten. Dass der Beklagte, wäre er ohne weiteres für einen längeren Auslandsaufenthalt verreist, die nachteiligen Folgen hätte tragen müssen, zumal es bezüglich der Nebenkostenabrechnung Unstimmigkeiten gab, bzw. diese noch nicht bezahlt waren, ist selbstverständlich. Der Beklagte ist jedoch nicht einfach abgereist, sondern hat seine Ortsabwesenheit (Ausland) für die Zeit vom 11. September 2010 bis zum 31. Oktober 2010 der Klägerin mitgeteilt. Bei den Akten liegt ein Schreiben des Beklagten, adressiert an Frau F._____, D._____ AG, datiert vom 08. September 2010, überschrieben mit „Auslandsaufenthalt“ (act. 15/4). Darin teilt der Beklagte mit, dass „aufgrund meines Auslandsaufenthaltes vom Samstag, 11. September 2010 bis zum 31. Oktober 2010, heute habe ich die Miete von den Monat Oktober einbezahlt. Daher bitte ich Sie um ihre Kenntnisnahme“. An der Verhandlung vor Vorinstanz nahm

Frau F._____ als Vertreterin der Klägerin zur Begründung des Ausweisungsbehrens Stellung (Prot. VI S. 3: „Wir haben dem Beklagten am 6. Juli 2010 die Heiz- und Nebenkostenabrechnung für das Jahr 2009/2010 gesendet. Infolge Nichtbezahlens dieser Rechnung wurde am 10. September 2010 – zwei Monate später – eine schriftliche Mahnung mit Kündigungsandrohung abgeschickt. Aufgrund der Nichtzahlung wurde dem Beklagten am 28. Oktober 2010 per 30. November 2010 gekündigt“. Sie führte a.a.O. weiter aus, der Beklagte habe bereits in der Vergangenheit alle Heiz- und Nebenkostenabrechnungen mit massiver Verspätung bezahlt (was auch aktenkundig ist). Er habe jeweiligen Ratenzahlungen angefordert, nachdem ihm die Mahnung zugestellt worden sei. Es habe teilweise bis zu zehn Monaten gedauert, bis die Abrechnung dann auch komplett beglichen gewesen sei. Der Beklagte sei in den Ferien gewesen, als die Mahnung versendet worden sei, jedoch habe er niemanden beauftragt, seine Post abzuholen, weshalb er keine Kenntnis von dieser Mahnung hatte (Prot. VI S. 4). Und dann auf S. 5. „Ist es richtig, dass der Beklagte Ihnen vor seiner Reise mitteilte, dass er weg sein werde? die Antwort: „Ja, das ist richtig“. „Gab es in der Vergangenheit solche Mitteilungen?“ die Antwort: „Ich bin mir nicht sicher. Ich glaube, er hatte seinen Auslandsaufenthalt letztes Jahr mitgeteilt“. Der Beklagte habe zwar die Ferienabwesenheit mitgeteilt und sie (die Vertreterin der Klägerin) habe das auch zur Kenntnis genommen. Das allerdings ändere an den Fristen nichts. Der Beklagte hätte sich ja bei der Verwaltung vor seiner Abreise erkundigen können, wie es um die Nebenkostenabrechnung 2009/10 stehe. Er habe sich aber nicht erkundigt und habe sich eindeutig im Zahlungsverzug befunden (Prot. VI S. 11). Was die Ratenzahlungen anbelange, treffe es zu, dass diese in der Vergangenheit zugelassen worden seien; der Beklagte sei aber darauf hingewiesen worden, dass dies in Zukunft nicht mehr gewünscht werde (Prot. VI S. 11 f.).

Der Beklagte führte vor Vorinstanz aus, er habe mittels Schreiben vom 8. September 2010, welches er der Verwaltung zugestellt habe, angezeigt, dass er vom 11. September 2010 bis 31. Oktober 2010 auslandsabwesend sei. Frau F._____ habe am 8. September 2010 von der Auslandsabwesenheit Kenntnis gehabt. Er sei am 31. Oktober 2010 abends aus G._____ zurückgekehrt. Er habe niemanden beauftragt, die Post zu öffnen und habe die Miete am 8. September

2010 bezahlt. Frau F._____ hätte auch aus der Einzahlung schliessen können, dass er abwesend gewesen sei. Er habe am 8. September 2010 sicherheitshalber versucht, mit Frau F._____ zu telefonieren; es sei ihm aber gesagt worden, dass sie an diesem Tag abwesend sei (Prot. VI S. 6 f.). Der Beklagte hat vor Vorinstanz die Sachdarstellung, dass es wegen der Ratenzahlungen immer wieder zu Diskussionen gekommen war (act. 35 S. 12 unten), bestätigt. Es sei auch richtig, dass ihm mitgeteilt worden sei, dass zukünftig keine Ratenzahlungen akzeptiert würden. Er wies allerdings auch darauf hin, dass der mit den Mietzinsen nie im Rückstand gewesen sei (Prot. VI S. 13).

Der Beklagte hatte der Klägerin am 8. September 2011 die rund 6-wöchige Auslandsabwesenheit, beginnend ab 11. September 2010, mitgeteilt. Unstrittig verreiste er auch wie angekündigt. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beklagte einen Vertreter hätte bestellen müssen. Der Klägerin ist insofern zuzustimmen, als derjenige, der sechs Wochen vertretungslos abwesend ist, das Risiko trägt, dass seine Rechte und Pflichten während dieser Zeit von niemandem wahrgenommen werden. Unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB ist es jedoch fraglich, ob die Klägerin angesichts der Mitteilung des Beklagten am 8. September 2010 nicht verpflichtet gewesen wäre, *zumindest irgendeinen Versuch* zu machen, den Beklagten über die während seiner Abwesenheit geplanten Massnahmen, welche sie dann auch bereits am 10. September 2010 durch Versand einer Zahlungsfristansetzung gemäss Art. 257d OR einleitete, zu informieren. Für die Klägerin war es beim Versand mit Datum vom 10. September 2010 angesichts der Mitteilung des Beklagten vom 8. September 2010 voraussehbar, dass der Beklagte die Kündigungsandrohung mit Zahlungsfristansetzung mit aller Wahrscheinlichkeit nicht mehr würde zur Kenntnis nehmen können. Und so wie das an sich durchaus gerechtfertigte weitere Vorgehen terminiert war, musste ihr angesichts der Abwesenheitsmeldung auch klar sein, dass sie dem Beklagten die Möglichkeit der Zahlung innert Nachfrist verunmöglichte, da die Frist nach dessen angekündigter Rückkehr bereits abgelaufen sein würde. Das ist – auch wenn es mit dem Beklagten in den Vorjahren immer wieder Anstände wegen der Nebenkosten gegeben hatte – offensichtlich treuwidrig gemäss Art. 271 Abs. 1 OR bzw. rechtsmissbräuchlich im Sinne von

Art. 2 Abs. 2 ZGB. Obwohl im Übrigen alle Punkte gegen den Beklagten sprechen, reicht dieser Punkt aus, um den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben, das Kündigungsschutzbegehren gutzuheissen und den Ausweisungsbefehl abzuweisen.

III.

1. Obsiegt der Beklagte, so ist auch die erstinstanzliche Regelung der Entschädigungsfolgen aufzuheben. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist der Klägerin aufzuerlegen und diese wird für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da der Beklagte für das Berufungsverfahren mit Eingabe vom 16. Mai 2011 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO stellen liess (act. 45) und dieses mit Beschluss vom 24. Mai 2011 bewilligt wurde (act. 48), ist die von der Klägerin zu leistende Prozessentschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Beklagten, lic. iur. X._____, direkt zuzusprechen (vgl. OGer ZH, PF110018, Urteil vom 1. Juli 2011 [www.gerichte-zh.ch / Entscheide]).

2. Der Streitwert bestimmt sich im Fall der Auflösung eines unbefristeten, auf eine feste Dauer abgeschlossenen Mietvertrags nach dem Bruttomietzins (und nicht wie von der Vorinstanz festgehalten nach dem *Nettomietzins*), *bei umstrittener Auflösung* bis zum frühest möglichen Kündigungstermin unter Berücksichtigung der Sperrfrist von drei Jahren (Art. 271 Abs. 1 lit. e OR; Lachat et al., a.a.O., S. 96). Die dreijährige Sperrfrist wird ab dem Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids (16. Februar 2011) berechnet. Der Bruttomietzins betrug bei der umstrittenen Auflösung des Mietverhältnisses am 30. November 2011 Fr. 1'678.– (act. 2/2), und gemäss Mietvertrag gilt eine 3-monatliche ordentliche Kündigungsfrist jeweils auf Ende März und Ende September, so dass vorliegend September 2014 massgeblich ist. Demnach beträgt der Streitwert des Berufungsverfahrens Fr. 72'541.– ([36 Mt. + 7 Mt.] x Fr. 1'687.–). Daraus resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 7 lit. a und § 8 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.–.

Die Prozessentschädigung berechnet sich auf Grund der §§ 4 Abs. 1 und 3, § 9 und 11 Abs. 2 AnwGebV. Der Reduktionsgrund von § 13 entfällt, wenn die Rechtsvertretung erst in zweiter Instanz übernommen wurde.

Es wird erkannt:

1. Das Kündigungsschutzbegehren des Beklagten wird gutgeheissen und die am 28. Oktober 2010 ausgesprochene Kündigung für unwirksam erklärt.
2. Das Begehren der Klägerin um Ausweisung des Beklagten vom 2. Dezember 2010 wird abgewiesen.
3. Die von der Klägerin erstinstanzlich bezogenen Kosten verbleiben dieser.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 200.-- zu entschädigen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt.
6. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, die Rechtsvertreterin des Beklagten, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, mit Fr. 3'000.-- (zuzüglich 8 % MwSt) zu entschädigen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage je eines Doppels von act. 65 f., sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirks Bülach, je gegen Empfangsschein.
9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche und eine mietrechtliche Angelegenheit.
Der Streitwert beträgt rund Fr. 72'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat **keine aufschiebende Wirkung**.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: