

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-  
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

## Urteil vom 10. April 2012

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin und Berufungsklägerin,

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**

Beklagter und Berufungsbeklagter,

betreffend

### **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerich-  
tes Zürich vom 2. Februar 2012 (ER120012)

## Erwägungen:

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) ist Mieter einer 2.5-Zimmerwohnung an der C.\_\_\_\_-Strasse .. in D.\_\_\_\_. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) ist die Vermieterin dieser Wohnung (vgl. act. 3/1-2). Die Klägerin kündigte dem Beklagten das Mietverhältnis mit Schreiben vom 30. September 2011 auf den 30. November 2011 wegen "Eigenmächtige Herabsetzung des Mietzinses, keine Nachzahlung trotz Schreiben vom 10. August 2011" (act. 3/10). Der Beklagte gelangte daraufhin betreffend Kündigungsschutz / Anfechtung vor die Schlichtungsbehörde D.\_\_\_\_ (act. 3/13).

1.2. Mit Eingabe vom 6. Januar 2012 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich ein Ausweisungsbegehren (act. 1a und b). Die Parteien wurden in der Folge auf den 2. Februar 2012 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 4). Mit Eingabe vom 17. Januar 2012 teilte die Klägerin dem Gericht mit, dass der Beklagte den Beschluss der Schlichtungsbehörde D.\_\_\_\_ vom 5. Januar 2012 (Klagebewilligung, vgl. act. 9/2) ans Mietgericht des Bezirksgerichts Zürich weiterziehe bzw. Klage einreiche und bis zum vorgeladenen Termin noch kein abschliessender Entscheid des Mietgerichts vorliegen werde (act. 6). Der Klägerin wurde daraufhin telefonisch mitgeteilt, dass – da sie am Ausweisungsbegehren festhalte – die Verhandlung vom 2. Februar 2012 stattfinde (act. 8). Nach Durchführung der Hauptverhandlung trat das Einzelgericht (Audienz) des Bezirksgerichts Zürich mit Verfügung vom 2. Februar 2012 auf das Ausweisungsbegehren der Klägerin nicht ein (Prot. S. 3 ff.; act. 11a = act. 18 Dispositivziffer 1).

1.3. Mit Eingabe vom 5. März 2012 erhob die Klägerin rechtzeitig bei der Kammer Berufung gegen die Verfügung vom 2. Februar 2012 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (act. 11b, act. 17). Mit Verfügung vom 21. März 2012 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 900.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 21). Der Kostenvorschuss ging am 26. März 2012 bei der Obergerichtskasse ein (act. 23). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-12). Von der Einholung einer Berufungsant-

wort wurde abgesehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 ist die Kompetenzattraktion gemäss Art. 274g aOR zwischen dem mietrechtlichen Verfahren betreffend Anfechtung einer ausserordentlicher Kündigung und dem Ausweisungsverfahren (ersatzlos) gestrichen worden. Bisher regelte Art. 274g aOR die Zuständigkeit bei paralleler Anfechtung der Kündigung im mietrechtlichen Verfahren einerseits und beim summarischen Ausweisungsverfahren andererseits. Vorgesehen war, dass der Ausweisungsrichter auch über die Kündigungsanfechtung befinden müsse (Art. 274g Abs. 1 aOR), und dass Begehren von Mietern durch die Schlichtungsbehörde an den durch die Vermieterschaft angerufenen Ausweisungsrichter zu überweisen seien (Art. 274g Abs. 3 aOR). Das führte zur sogenannten Kompetenzattraktion im summarischen Verfahren. Die Streichung von Art. 274 ff. aOR führt dazu, dass es keine Überweisung der mietrechtlichen Anfechtungsverfahren an das summarische Ausweisungsgericht mehr geben kann (vgl. OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011). Mietrechtliche Kündigungsanfechtungen sind im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu behandeln. Das Ausweisungsverfahren ist – wie vorliegend geschehen – als Rechtsschutz in klaren Fällen vom Einzelgericht im summarischen Verfahren in Anwendung von Art. 257 Abs. 1 ZPO zu behandeln. Das Einzelgericht hat die Gültigkeit der Kündigung als Vorfrage zu prüfen, allerdings lediglich mit der verfahrensbestimmenden eingeschränkten Kognition (unbestrittener oder sofort beweisbarer Sachverhalt, klare Rechtslage). Lässt sich die Gültigkeit der Kündigung (als Vorfrage) nicht bejahen, ist auf das Ausweisungsverfahren als Ganzes nicht einzutreten (vgl. Art. 257 Abs. 3 ZPO).

## 3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz führt im Wesentlichen aus, es stehe nicht mit Sicherheit fest, dass der Beklagte mit den im vorliegenden Fall rechtlich relevanten Mietzinszahlungen der Monate Juni und Juli 2011 teilweise in Verzug gewesen sei, als ihn die

Klägerin mit Schreiben vom 10. August 2011 dafür gemahnt habe. Folglich lasse sich auch nicht mit der für dieses Verfahren erforderlichen Klarheit sagen, dass die am 30. September 2011 wegen Zahlungsverzugs im Sinne von Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung zulässig gewesen sei. Das Ausweisungsbegehren sei illiquid, weshalb nicht darauf einzutreten sei (act. 18 S. 6).

Die Parteien seien sich darüber einig, dass der Beklagte trotz formgerechter Mahnung vom 10. August 2011 für die Monate Juni und Juli 2011 nicht den im Mietvertrag vorgesehenen Mietzins von Fr. 1'735.– bezahlt habe, sondern einen um Fr. 477.– reduzierten Betrag. Es herrsche jedoch Uneinigkeit darüber, ob die reduzierte Zahlung zu einem Zahlungsverzug führte, der die Klägerin berechtigt habe, den Beklagten zu mahnen und ihm nach unbenutztem Zeitablauf die Wohnung zu kündigen. Die Klägerin halte die reduzierte Zahlung für unberechtigt, da sie tatsächlich bestehende Mängel des Mietobjekts stets unverzüglich habe beheben lassen. Der Beklagte mache demgegenüber geltend, die von ihm vorgenommene Reduktion sei berechtigt gewesen, etwa bezüglich fehlerhafter Lüftung der Nasszone, ungenügender Funktionstüchtigkeit der Storen im Schlafzimmer, Gestank im Treppenhaus und der Waschküche etc. Ob diese von der Klägerin bestrittenen Vorwürfe zutreffen, liesse sich nur durch die Erhebung weiterer Beweise klären, was für das vorliegende Verfahren jedoch nicht in Frage komme. Aufgrund der Vorbringen der Parteien und der im Recht liegenden Urkunden seien die vom Beklagten hinsichtlich der Mängel aufgestellten Behauptungen nicht als haltlos zu bezeichnen. Es sei davon auszugehen, dass die gerügten Mängel zumindest in einem bestimmten Mass bestanden hätten (act. 18 S. 4). Von den weiteren Voraussetzungen, welche klar gegen eine zulässige Herabsetzung des Mietzinses durch den Beklagten sprechen würden, sei keine erfüllt. Auch wenn sich der Umfang der vorgenommenen Herabsetzung eher im oberen Bereich ansiedle, sei diese jedenfalls nicht als unzulässig einzustufen (act. 18 S. 5 f.).

3.2. Die Klägerin stellt sich in ihrem Berufungsschreiben weiterhin auf den Standpunkt, dass sämtliche vom Beklagten angemeldeten Beanstandungen umgehend behoben worden seien. Die gleichen Beanstandungen seien in seinen Briefen regelmässig wieder vorgekommen, weshalb diese von ihr einfach ignoriert

worden seien. Auf die Herabsetzungserklärung des Beklagten vom 28. Juli 2011 habe sie mit Schreiben vom 10. August 2011 geantwortet und auch in diesem Schreiben wiederum festgehalten, dass sämtliche Reparaturen ausgeführt worden seien, weshalb die Mietzinsreduktion unzulässig gewesen sei (act. 17). Zur Begründung der Mängelbehebung reicht die Klägerin – teilweise neue – Bestätigungen und Rechnungen ein (act. 19/1-9).

3.3. Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn (lit. a) der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist, und (lit. b) die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein besonderes Summarverfahren, das der klagenden Partei ermöglicht, bei klarer Rechts- und Sachlage möglichst rasch zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist somit ein Instrument des Gläubigerschutzes (ZK ZPO-SUTTER-SOMM / LÖTSCHER, Art. 257 N 1). Die in Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO statuierte Voraussetzung des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhaltes wird auch als Erfordernis der Liquidität bezeichnet. Wenn die Gegenpartei die vom Kläger behaupteten Tatsachen glaubhaft bestreitet oder dem geltend gemachten Anspruch glaubhafte Einreden entgegensetzt, die der Kläger nicht als unerheblich entkräften kann, liegt kein liquider Sachverhalt vor (ZK ZPO-SUTTER-SOMM / LÖTSCHER, Art. 257 N 7; TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 257 N 6). Ist der Sachverhalt umstritten, hat der Kläger für das, was von ihm nach den üblichen Beweislastregeln zu beweisen ist, den vollen Beweis zu erbringen. Er trägt somit für alles, was umstritten ist, die Beweislast und hat die erforderlichen Beweise ausserdem mit Urkunden (allenfalls sonstiger sofort verfüg- und abnehmbarer Beweismittel, welche das Verfahren nicht wesentlich verzögern, vgl. Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO) zu erbringen (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 257 N 10-12). Wie bereits unter Ziffer 2 vorstehend ausgeführt, hat das Einzelgericht im vorliegenden Ausweisungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung lediglich mit der verfahrensbestimmenden eingeschränkten Kognition als Vorfrage zu prüfen. Kann die Gültigkeit der Kündigung nicht klar festgestellt werden, ist auf das Ausweisungsverfahren nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

3.4. Vorliegend stellt sich einzig die Frage, ob die Voraussetzungen der ausserordentlichen Verzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR gegeben sind bzw. ob sich der Beklagte mit der Zahlung fälliger Mietzinse (rund 30 % für Juni und Juli 2011) im Rückstand befunden hat, als ihn die Klägerin mit Schreiben vom 10. August 2011 dafür mahnte. Gemäss Art. 257d OR muss der Mieter mit der Bezahlung von Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand sein. Kein Rückstand ist gegeben, wenn und soweit der Mieter den Mietzins wegen Mängeln der Mietsache zu Recht mindert oder ihn hinterlegt (KUKO OR-WALTER, Art. 257d N 5). Vorliegend wäre eine Herabsetzung des Mietzinses im Sinne von Art. 259d OR zu prüfen: Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt. Der Autor des Zürcher Kommentars vertritt die Auffassung, dass so lange keine Gefahr des Zahlungsverzuges bestehe, als nicht für die Parteien verbindlich festgestellt worden sei, dass die vom Mieter erklärte Herabsetzung unangemessen ausgefallen sei. Eine Zahlungsfristansetzung bzw. Kündigungsandrohung des Vermieters im Sinne von Art. 257d OR könne nur dann wirksam ausgesprochen werden, wenn eine für die Parteien verbindliche Feststellung (z.B. in einem gerichtlichen Urteil) getroffen worden sei. Denn erst in diesem Zeitpunkt sei die Pflichtwidrigkeit der teilweisen Nichtzahlung als gegeben zu erachten (ZK-HIGI, N 27 zu Art. 259d OR). Auch ein anderer Kommentar bejaht – entgegen der in der Voraufgabe vertretenen Auffassung – eine grundsätzliche Berechtigung des Mieters, eine Mietzinsreduktion von sich aus vorzunehmen. Jedoch laufe der Mieter im Falle einer übermässigen Reduktion Gefahr, dass der Vermieter das Mietverhältnis infolge Zahlungsverzuges ausserordentlich kündige (vgl. SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 25 zu Art. 259d).

3.5. Die Klägerin macht geltend, sämtliche vom Beklagten beanstandeten Mängel seien – soweit vorliegend – umgehend behoben worden (act. 17). Eine weitergehende Auseinandersetzung mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids erfolgt nicht. Bezüglich der mit der Berufungsschrift eingereichten Unterlagen ist anzufügen, dass neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317

Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt werden, wenn sie (lit. a) ohne Verzug vorgebracht werden und (lit. b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Bei der Kammer erstmals eingereicht wurden act. 19/1 und act. 19/6-7. Die beiden Rechnungen (act. 19/6-7) stammen aus den Jahren 2010 und 2011, weshalb sie ohne weiteres bereits vor Vorinstanz hätten eingereicht werden können und vorliegend (als unechte Noven) nicht zu berücksichtigen sind. Bei act. 19/1 handelt es sich um ein Bestätigungsschreiben der E.\_\_\_\_\_ AG vom 2. März 2012 an ein Mitglied des Verwaltungsrats der Klägerin. Gründe, weshalb diese Bestätigung über ausgeführte Arbeiten und Kontrollen dieses Unternehmens verspätet dargelegt wird, führt die Klägerin keine an. Ob die Bestätigung vom 2. März 2012 als echtes Novum zuzulassen wäre, kann aber dahingestellt bleiben, da auch diese Bestätigung – wie sich nachfolgend zeigen wird – nichts an der vorliegenden Sachlage zu ändern vermag.

3.6. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, sind die vom Beklagten aufgestellten Behauptungen hinsichtlich der Mängel aufgrund der Parteivorbringen und der im Recht liegenden Urkunden nicht als haltlos zu bezeichnen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte schon einige Monate zuvor ähnliche Vorwürfe erhob (betreffend Lüftung, Storen und Wäschetrockner, vgl. act. 3/3) und zwischen den Parteien ein eingehender Schriftenwechsel über diese Mängel vorliegt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die gerügten Mängel zumindest in einem bestimmten Ausmass bestanden. Wann und in welchem Umfang sie von der Klägerin allenfalls behoben worden sind, ist umstritten und lässt sich aufgrund der Parteivorbringen und der eingereichten Urkunden nicht abschliessend beurteilen. Die weiteren von der Vorinstanz geprüften Herabsetzungsvoraussetzungen (zulässiger Umfang der Herabsetzung, Herabsetzungserklärung und Wirkung) hat die Klägerin nicht gerügt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Der Beklagte macht geltend, er habe den Mietzins wegen Mängeln am Mietobjekt im Sinne von Art. 259d OR herabgesetzt. Damit bestreitet er die von der Klägerin geltend gemachte Darstellung, wonach er sich mit der Zahlung fälliger Mietzinse im Rückstand befunden habe. Die Klägerin konnte diese Behauptungen nicht als unerheblich entkräften. Es steht somit nicht eindeutig fest, dass der Beklagte mit den im vorliegenden Fall relevanten Mietzinsezahlungen teilweise in Verzug war, als ihn

die Klägerin mit Schreiben vom 10. August 2011 dafür mahnte. Es lässt sich daher – in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz – auch nicht mit der für dieses Verfahren gebotenen Klarheit sagen, dass die am 30. September 2011 wegen Zahlungsverzugs im Sinne von Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung zulässig war. Das Ausweisungsbegehren der Klägerin basiert auf einer illiquiden Sachlage. Mit Blick auf die Tatsache, dass im vereinfachten Verfahren bei Mietsachen eine amtswegige Sachverhaltserhebung vorgesehen ist, erscheint es zudem angezeigt, den Massstab in solchen Fällen eher tiefer anzusetzen (vgl. OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011) und auch bei geringfügigen Zweifeln einen Nichteintretensentscheid zu fällen.

3.7. Im Ergebnis kann der Rechtsschutz in klaren Fällen auf das vorliegende Ausweisungsverfahren wegen Illiquidität nicht gewährt werden, weshalb die Berufung abzuweisen ist.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolge

Beim in Frage stehenden Streitwert von Fr. 10'410.– (praxisgemäss sechs Bruttomonatsmietzinse von je Fr. 1'735.–) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 900.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels Umtrieben im Rechtsmittelverfahren ist dem Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 900.– festgesetzt und der Klägerin auferlegt sowie mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von act. 17 und act. 19/1-9, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht (Audienz) des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Angelegenheit.  
Der Streitwert beträgt Fr. 10'410.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: