

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 15. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin,

gegen

B. _____ - Stiftung,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. April 2012 (ER120080)

Erwägungen:

1. Mit Vertrag vom 12. April 2002 mietete die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) die 2½-Zimmerwohnung an der ...strasse ... in C. _____ (act. 4/1). Nach erfolgter Mahnung (act. 4/3) kündigte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) das Mietverhältnis wegen Zahlungsrückstandes der Beklagten auf den 31. März 2012 (act. 4/4). Die Beklagte focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde in Zürich an (vgl. act. 4/6-7). Mangels Einigung in der Schlichtungsverhandlung wurde ihr die Klagebewilligung erteilt (Art. 209 Abs. 1 ZPO, act. 9 S. 2). Mit Schreiben vom 15. März 2012 stellte die Klägerin gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren gegen die Beklagte (act. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 25. April 2012 anerkannte die Beklagte, dass sie den Mietzins für den Monat Dezember nicht entsprechend dem Mietvertrag fristgemäss geleistet habe (vgl. Prot.-I S. 5). Mit Urteil vom 25. April 2012 verpflichtete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich die Beklagte, die 2½-Zimmerwohnung samt Kellerabteil unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle (act. 9 S. 4 Dispositivziffern 1 und 2). Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Berufung vom 16. Mai 2012 (act. 10).

2. a) Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 ist Art. 274 ff. OR (ersatzlos) gestrichen worden. Bisher regelte Art. 274g OR die Zuständigkeit bei paralleler Anfechtung der Kündigung im mietrechtlichen Verfahren einerseits und beim summarischen Ausweisungsverfahren andererseits: Vorgesehen war, dass der Ausweisungsrichter (in den namentlich aufgeführten Fällen von lit. a-d) auch über die Kündigungsanfechtung befinden müsse (Art. 274g Abs. 1 OR), und Art. 274 Abs. 3 OR ordnete an, dass Begehren von Mietern durch die Schlichtungsbehörde an den durch die Vermieterschaft angerufenen Ausweisungsrichter zu überweisen seien. Das führte zur sog. Kompetenzattraktion im summarischen Verfahren. Der Ausweisungsrichter musste auch über die überwiesene Kündigungsanfechtung entscheiden. Die Gültigkeit einer Kündigung hatte und hat der Ausweisungsrichter ebenfalls dann zu beurteilen,

wenn die beklagte Partei diese lediglich im Ausweisungsverfahren (und ohne ein mietrechtliches Verfahren in Gang gesetzt zu haben) anzweifelt. Der wesentliche Unterschied in der altrechtlichen Regelung des Art. 274g OR besteht darin, dass der Ausweisungsrichter dies im Überweisungsfall nach altem Recht mit voller Kognition tun musste – weil er diesbezüglich die Funktion des Mietgerichts zu übernehmen hatte –, während er ohne eine solche Überweisung über die Gültigkeit der Kündigung ausschliesslich nach den Regeln des summarischen Verfahrens entscheiden konnte.

Die Streichung von Art. 274 ff. OR führt dazu, dass es keine Überweisung der mietrechtlichen Anfechtungsverfahren an das summarische Ausweisungsgericht mehr geben kann. Mietrechtliche Anfechtungen sind im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu behandeln, so dass eine Überweisung ins summarische Verfahren ohne eine besondere gesetzliche Grundlage und allein gestützt auf die allgemeinen Vorschriften von Art. 125 ff. ZPO nicht in Frage kommt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 18 zu Art. 257). Fehlt es nach Inkrafttreten des neuen Rechts an einer Bestimmung, die die parallel eingeleiteten Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung und betreffend Ausweisung koordiniert, so hat sich das Vorgehen nach den allgemeinen zivilprozessualen Bestimmungen und Grundsätzen zu richten.

b) Die Gültigkeit der Kündigung ist – wenn bestritten – im Ausweisungsverfahren eine Vorfrage (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, N 56 zu § 21; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 18 zu Art. 257). Für die Behandlung einer Vorfrage ist nie eine Überweisung erforderlich (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 18 zu Art. 257), weil Vorfragen unabhängig davon, ob sie – als Hauptsache – anderweitig rechtshängig sind, behandelt und entschieden werden können. Anzumerken ist, dass auch Mieter, welche die (nichtig oder unwirksame) Kündigung nicht separat im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren anfechten bzw. angefochten haben, im (summarischen) Ausweisungsverfahren Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit geltend machen können, weil die Geltendmachung dieser Mängel nicht von einer förmlich erfolgten gerichtlichen Anfechtung abhängig ist. Anders ist dies hingegen bei gültigen, aber allenfalls treuwidrigen Kündigungen, die – wenn

sie nicht innert der Frist von Art. 273 OR angefochten werden – gültig sind, der Einwand der Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit verwirkt (BGE 122 III 92 E. 2d) und dann auch vom Ausweisungsrichter nicht mehr (vorfrageweise) geprüft werden kann. Soweit die Beklagte nicht nur die Zahlungsverzugskündigung hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen anfecht, sondern zusätzlich deren Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbräuchlichkeit gemäss Art. 271 f. OR geltend macht (vgl. SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 16 zu Art. 271; BGer 4C.35/2004), ist letztere nur zu prüfen, wenn darüber ein mietrechtliches Verfahren eingeleitet wurde, in dem Treuwidrigkeit bzw. Rechtsmissbrauch geltend gemacht wurde. Es kann auch eine wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene ausserordentliche Kündigung treuwidrig im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR sein. Dies kommt aber nur ausnahmsweise in Betracht (BGer 4A.549/2010 vom 17. Februar 2011 mit Hinweisen).

3. a) In der Berufungsschrift rügte die Beklagte die kurze Kündigungsfrist von zwei Monaten. Ferner wies sie auf die Mehrkosten der diversen Adressänderungen und den durch diese Änderungen bedingten kurzen Unterbruch der Erreichbarkeit hinsichtlich der Arbeitssuche hin (act. 10 S. 2). Im Gegensatz zur Klägerin, die aufgrund der verspäteten Mietzinszahlungen von 30 bzw. 60 Tagen als Immobilienfirma keinen Schaden zu verzeichnen habe, sei für sie ein Umzug mit Mehrkosten verbunden, die sie nicht tragen könne, ohne sich zu verschulden (act. 10 S. 3-4).

b) Kommt ein Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen mit der Zahlung fälliger Mietzinse in Rückstand, stehen dem Vermieter die Rechtsbehelfe von Art. 257d Abs. 1 und 2 OR zur Verfügung. So kann der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und dem Mieter androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist (für Wohnung und Geschäftsräume mindestens 30 Tage) das Mietverhältnis gekündigt werde. Entgegen den Ausführungen der Beklagten muss nur einmal gemahnt werden. Nach unbenütztem Fristablauf kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Hiefür ist das offizielle Formular gemäss Art. 266l Abs. 2 OR zu verwenden.

c) Mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 forderte die Klägerin die Beklagte auf, den Mietzinsausstand für den Monat Dezember innert einer Frist von 30 Tagen zu bezahlen, ansonsten das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde. Dieses Schreiben wurde der Beklagten am 14. Dezember 2011 zugestellt (act. 4/3). Nach Ablauf der 30tägigen Frist (13. Januar 2012), nämlich am 20. Januar 2012, kündigte die Klägerin das Mietverhältnis per 31. März 2012, weil innert der Frist der gemahnte Mietzins nicht geleistet worden war, was von der Beklagten anerkannt wird und erstellt ist. Das Kündigungsschreiben wurde der Beklagten am 23. Januar 2012 zugestellt (act. 4/4). Die Klägerin hätte das Mietverhältnis demnach gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR bereits auf Ende Februar 2012 aufheben können.

d) Die Vorinstanz ging daher zu Recht davon aus, dass die ausserordentliche Kündigung vom 20. Januar 2012 form-, frist- und termingerecht erfolgte (act. 9 S. 3). Vor Vorinstanz behauptete die Beklagte nicht, dass sie innert der angesetzten Zahlungsfrist bezahlt hätte. Vielmehr machte sie geltend, den Dezemberausstand am 30. Januar 2012 bezahlt zu haben (Prot.-I S. 5). Die Zahlung ist somit nicht rechtzeitig erfolgt. Entgegen der Meinung der Beklagten genügt es nämlich nicht, dass sie den Mietzinsausstand für die Dezembermiete per 30. Januar 2012 bezahlte. Art. 257d Abs. 1 OR wird nach herrschender Lehre und Praxis, woran sich auch die Rechtsprechung der Kammer orientiert, durchwegs so verstanden, dass die Zahlung *innert der genannten Frist* erfolgt sein muss, was sich schon aus dem Wortlaut von Art. 257d OR ergibt und auch für Nebenkosten (Art. 257a-b OR) gilt (ZK-Higi, N 10 und 26 zu Art. 257d OR). Eine Treuwidrigkeit dieser Kündigung im Sinne der Art. 271 f. OR ist weder dargetan noch ersichtlich, insbesondere auch nicht mit Blick auf die Ausführungen der Beklagten gegenüber der Schlichtungsbehörde (vgl. act. 4/6).

4. Die Kündigung erfolgte somit gültig per 31. März 2012 (act. 4/4). Von diesem Zeitpunkt an hatte die Beklagte kein Recht mehr zum Verbleib im Mietobjekt. Ausser der Tatsache, dass sie weiterhin "Mietzinse" bezahlte, kann sie nicht zu ihren Gunsten ableiten, der Mietvertrag sei erneuert bzw. der alte Vertrag verlängert worden. Dagegen spricht auch das erhobene Ausweisungsverfahren. Zu be-

merken ist, dass die Beklagte ohnehin für ihren widerrechtlichen Verbleib im Mietobjekt eine Nutzungsentschädigung im Umfang des früheren Mietzinses zu zahlen hatte, und zwar unter dem Teil des Schadenersatzes.

Eine Güterabwägung bezüglich der Auswirkungen der Kündigung auf den Mieter bzw. des Zahlungsverzuges durch den Mieter auf den Vermieter ist vorliegend nicht vorzunehmen. Ferner ist zu bemerken, dass bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters eine Erstreckung des Mietverhältnisses ausgeschlossen ist (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

5. Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich ist demnach zu Recht von einem in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klaren Fall ausgegangen. Da der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), sind die im vorinstanzlichen Entscheid aufgeführten Räumungs- und Vollziehungsfristen neu anzusetzen (vgl. act. 9 S. 4 Dispositiv-Ziffern 1 und 2).

6. Ausgangsgemäss hat die Beklagte die Kosten für das Rechtsmittelverfahren, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert berechnet sich im Falle einer Ausweisung nach dem geschuldeten Mietzins für die Zeit ab Einleitung des Verfahrens bzw. angefochtenem Entscheid bis zur effektiven Ausweisung, wobei hierfür nach praktischer Erfahrung ab Entscheid noch zwei Monate hinzuzurechnen sind (DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, N 46 zu Art. 91, mit Hinweis auf BGer 4A.266/2007 vom 26. September 2007).

Die Dauer des Rechtsmittelverfahrens ist unter Berücksichtigung der Zeit bis zur effektiven Ausweisung auf rund vier Monate zu schätzen. Demzufolge ist bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'235.– (act. 4/2) von einem Streitwert von Fr. 4'940.– auszugehen. Die Gerichtsgebühr für das Rechtsmittelverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG somit auf Fr. 600.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung an die Klägerin ist mangels ihr entstandener Umtriebe nicht geschuldet.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich (Audienz) vom 25. April 2012 wird bestätigt. Die Beklagte wird verpflichtet, die 2½-Zimmerwohnung im 3. OG rechts samt Kellerabteil in der Liegenschaft ...strasse ... in C._____ unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das Stadttammannamt C._____ wird angewiesen, auf Verlangen der Klägerin die Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschliessen. Sie sind ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
4. Der Klägerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von act. 10, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich (Audienz), je gegen Empfangsschein.
6. 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 mietrechtliche Angelegenheit.

Der Streitwert beträgt Fr. 4'940.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. K. Graf

versandt am: