

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Kaztenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 20. Mai 2014

in Sachen

A._____,
Beklagter und Berufungskläger,

gegen

B._____,
Kläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. April 2014 (ER140019)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 1):

"Es sei dem Gesuchsgegner zu befehlen, die Gewerberäumlichkeiten Bürotrakt EG und OG inkl. Nebenräume an der ... [Adresse], zu verlassen, unter Ansetzung einer kurzen Frist und Androhung des Zwangsvollzuges, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. April 2014:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, die Gewerberäumlichkeiten Bürotrakt EG und OG inkl. Nebenräume an der ... unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Oberwinterthur wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen des Klägers, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Der Kläger hat die Vollzugskosten vorzuschliessen, doch sind sie ihm vom Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'900.-- wird vom Kläger bezogen, ist ihm aber vom Beklagten zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

(act. 11 = act. 12)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 13 sinngemäss):

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen.

Erwägungen:

1. Auf Begehren des Klägers befahl das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur dem Beklagten mit Urteil vom 7. April 2014, die Gewerberäumlichkeiten Bürotrakt EG und OG inkl. Nebenräume an der ... unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 12).

2. Hiergegen erhob der Beklagte rechtzeitig "Einsprache" und ersucht sinngemäss um Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Er erklärt, er werde am 30. April 2014 abends alles geräumt und dem Kläger die Schlüssel übergeben haben. Dementsprechend könne der Streitwert maximal Fr. 28'250.-- betragen. Die Räume würden aber schwere bauliche Mängel aufweisen. Durch eine defekte und nur unzureichend gesicherte Dachluke seien gar Einbrecher eingestiegen. Deshalb mache er eine rückwirkende Mietzinsreduktion von 33% geltend, was Fr. 50'820 entspreche (act. 13).

3. Gemäss Praxis der Kammer zur neuen Zivilprozessordnung schadet die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels nicht. Die als "Einsprache" betitelte Eingabe der Beklagten ist somit als Berufung entgegenzunehmen und zu behandeln (Art. 308 ff. ZPO).

4.a) Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Zahlungsverzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 12 S. 3). Diese erwog ferner zutreffend, dass die Kündigung form- und fristgemäss erfolgte: Mit Schreiben vom 10. Dezember 2013 setzte der Kläger dem Beklagten eine Frist von 30 Tagen an zur Begleichung der Mietzinse für die Monate November und Dezember 2013 in der Höhe von je Fr. 5'650.-- zuzüglich Fr. 20.-- Mahnspesen, insgesamt Fr. 11'320.--, unter Androhung der Kündigung nach Art. 257d OR nach unbenütztem Ablauf (act. 3/2). Da die reklamierten Mietzinse klar ausgeschieden wurden, kann offen bleiben, ob die Mahnspesen Teil des Mietzinses sind und damit ebenfalls innert Frist zu zahlen waren. Die Zahlungs-

aufforderung wurden dem Beklagten am 18. Dezember 2013 zugestellt (act. 3/3). Der Beklagte liess die Zahlungsfrist ungenutzt verstreichen, worauf der Kläger das Mietverhältnis am 21. Januar 2014 unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 28. Februar 2014 kündigte (act. 3/4). Für die Zustellung der Kündigung gilt die uneingeschränkte Empfangstheorie. Eine Kündigung ist daher wirksam an dem Tag zugestellt, an dem es dem Empfänger nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, die Sendung abzuholen. In der Regel ist dies der Tag nach Einwurf des Abholzettels in den Briefkasten (SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Art. 257d N 37). Gemäss der Vorinstanz ist die Kündigungsfrist gewahrt, was vom Beklagten nicht in Frage gestellt wird und sich im Übrigen mit den auf der Internetseite der Post anhand der Einschreibenummer auf der Kündigung abgerufenen Sendungsverfolgung deckt (act. 15 S. 4 f., act. 6 und 13).

b) Vor Vorinstanz machte der Beklagte geltend, er habe dem Kläger Mitte Februar mitgeteilt, der Bürotrakt sei zu teuer und weise erhebliche bauliche Mängel auf, welche rückwirkend einen Minderwert und eine entsprechende Mietzinsreduktion zur Folge haben müssten. Dies habe er dem Kläger auch schon früher geschrieben (act. 6). Im Berufungsverfahren bezifferte er die Mietzinsreduktion mit 33% bzw. Fr. 50'820.-- (act. 13). Geht man davon aus, der Beklagte erkläre – sofern er hierzu überhaupt berechtigt ist, was vorliegend nicht näher geprüft werden muss – mit seinen Vorbringen die Verrechnung von Herabsetzungsansprüchen, so dringt er damit nicht durch. Sollte er, wie aus der Berufungsschrift geschlossen werden könnte, irrtümlich annehmen, er würde dem Kläger den Streitwert schulden und seine Gegenforderung damit verrechnen wollen, ist Folgendes anzumerken: Als Streitwert im Ausweisungsverfahren gilt der Wert der Nutzung des Mietobjekts für die streitige Dauer; es handelt sich mithin nicht um eine Geldschuld. Er dient – nebst anderen Faktoren – der Festsetzung der Prozesskosten und bestimmt die Zuständigkeit einer Instanz oder die Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Will er mit den seiner Ansicht nach zu viel bezahlten Mietzinsen verrechnen, so ist er auch damit ausgeschlossen: Für strittige Herabsetzungs- und Schadenersatzansprüche hat der Gesetzgeber die Hinterlegung nach Art. 259g OR vorgesehen. Mit der Hinterlegung gelten die Mietzinse selbst dann als bezahlt, wenn sie sich nachträglich als materiell ungerechtfertigt herausstellt.

Solange dem Mieter diese Möglichkeit offen steht, ist er mit der Verrechnung strittiger Herabsetzungs- und Schadenersatzansprüche im Verfahren betreffend Zahlungsverzugskündigung grundsätzlich ausgeschlossen (SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Art. 257d N 20 f.; ZK-Higi, Die Miete, 3. Aufl., Art. 257d N 17). Bis anhin hat der Beklagte offenbar keinen Gebrauch von der Hinterlegung gemacht, weshalb seine Herabsetzungseinrede nicht greift. Davon zu unterscheiden ist der korrekte Vollzug des Herabsetzungsanspruchs durch den Mieter. Dies verlangt jedoch eine rechtzeitige, d.h. vor dem fruchtlosen Ablauf der Zahlungsfrist ergangene Erklärung, welche den genauen Umfang der Herabsetzung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht und einen konkreten Bezug zu den beanstandeten Mängeln angibt (ZK-Higi, a.a.O., Art. 257d N 15 ff., BGer 4C.248/2002 vom 13. Dezember 2002). Der Beklagte belegt nicht, eine solche rechtsgenügende Herabsetzungserklärung, welche an der Gültigkeit der Kündigung etwas ändern könnte, abgegeben zu haben. Der angeblich im Februar geltend gemachte Herabsetzungsanspruch erfolgte erst nach Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist und damit zu spät. Im Übrigen ist mit dem pauschalen Hinweis auf Baumängel den Anforderungen an die Substantiierung nicht Genüge getan. Die Behauptung des Beklagten, dass er sich bereits früher schriftlich an den Kläger gewandt habe, blieb ebenfalls gänzlich unbelegt. So ist offen, wann genau er in welchem Mass und für welche konkreten Mängel Herabsetzung erklärte. Ebenso verspätet und damit unzulässig ist schliesslich die erst im Berufungsverfahren erfolgte Bezifferung des Anspruchs (Art. 317 Abs. 1 ZPO)

c) Der Beklagte erklärt schliesslich, sie würden Ende April 2014 alles geräumt haben und dann die Schlüssel dem Kläger durch das Reinigungsinstitut übergeben lassen (act. 13). Damit bringt er zum Ausdruck, dass er eine Ausweisung als unnötig erachte, da er die Räumlichkeiten ohnehin in Kürze verlassen würde. Diese Einwendung ist unerheblich. Der in Aussicht gestellte Auszug vermag an der gültigen Beendigung des Mietverhältnisses nichts zu ändern und bietet demnach keinen Grund für einen Aufschub. Offenbar hat sich der Umzug denn auch bereits verzögert, ging doch der Beklagte vor Vorinstanz noch davon aus, am 15. April 2014 werde "alles erledigt" sein. Ebenso sind seine vor Vorinstanz erhobenen Einwände persönlicher Natur – für die Auslagerung von so vielen Din-

gen habe er zusätzliche Räume suchen müssen, was einige Zeit beanspruche – unerheblich (act. 6).

5. Sollte der Beklagte keine Herabsetzung geltend machen, sondern selbständige Gegenansprüche in Höhe von Fr. 50'820.-- erheben wollen, so ist dies nicht Gegenstand des Ausweisungsverfahrens. Hierfür wäre ein Forderungsprozess gemäss Zivilprozessordnung anzustrengen, welcher mit einem Schlichtungsgesuch beim zuständigen Friedensrichter einzuleiten wäre. Anzumerken ist aber, dass die Forderung wie erwogen kaum hinreichend begründet und beziffert ist. Ein Begehren muss so bestimmt und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten beziffert sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteiles erhoben und ohne Weiterungen vollstreckt werden kann (ZK ZPO-Leuenberger, 2. Aufl., Art. 221 N 28).

6. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Zwar stellt der Beklagte mit seinen Einwänden im Berufungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung in Frage. Da er aber zugleich im Wesentlichen um ein Entgegenkommen hinsichtlich seines Auszugs ersucht, rechtfertigt es sich, die Streitwertberechnung ohne Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR vorzunehmen. Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 3. Januar 2014 ist mit sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46, online Stand 20. Oktober 2013). Der Ansicht des Beklagten, der Streitwert könne in Anbetracht seines bevorstehenden Umzugs "max. 28250 betragen", ist nicht zu folgen. Es wird nicht auf ein behauptetes Auszugsdatum, sondern auf die Dauer bis zur mutmasslichen Räumung abgestellt. Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 5'650.-- (act. 3/1) ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 33'900.--.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. April 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.-- festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 13, an das Stadtammannamt Oberwinterthur sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 33'900.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:

