

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF140056-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 28. Juli 2014

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. Juni 2014 (ER140044)

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 1):**

- "1. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, das Einfamilienhaus an der C.\_\_\_\_-Strasse ..., D.\_\_\_\_ per 2. Juni 2014 zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das zuständige Gemeindeammannamt sei anzuweisen, die Verpflichtung des Gesuchsgegners auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. Juni 2014:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, das Einfamilienhaus an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_ unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt E.\_\_\_\_ 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. 1'000.– wird vom Kläger bezogen, ist ihm aber vom Beklagten zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 1200.– (inkl. MwSt) zu bezahlen.

5./6. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

(act. 8 = act. 11)

### **Berufungsanträge:**

der Berufungskläger (act. 12 S. 1 sinngemäss):

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen bzw. die Kündigung für unwirksam zu erklären.

### **Erwägungen:**

1. Auf Begehren des Klägers befahl das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur dem Beklagten mit Urteil vom 6. Juni 2014, das Einfamilienhaus an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_ unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 11).

2. Hiergegen erklärte der Beklagte rechtzeitig Berufung mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen bzw. die Kündigung für unwirksam zu erklären. Er bringt im Wesentlichen vor, die Ausweisung erfolge gestützt auf die Kündigung vom 22. November 2013. Der Kläger habe ihn bereits im September 2013 mündlich darüber informiert, dass er sein Haus an der C.\_\_\_\_-Strasse ... verkaufen und in das kleinere, von ihm (dem Beklagten) bewohnte Haus umziehen wolle. Sie hätten vereinbart, dass ihm nach dem Verkauf des Hauses noch eine Frist von zwei Monaten bis zum Auszug verbleibe. Ungeachtet der Ankündigung im September 2013 habe der Kläger das Haus erst im März 2014 zum Verkauf ausgeschrieben und es nach seinen Informationen bis heute nicht veräussert. Damit sei der zwingend nötige Nachweis des Eigenbedarfs nicht erfüllt. Zwar hätte er in den letzten sechs Monaten eine Wohnung suchen können, er habe aber den Nachweis des Eigenbedarfs abwarten wollen. Eine Anfechtung der Kündigung wäre wohl erfolglos gewesen, da er den Eigenbedarf nicht innert 30 Tagen hätte widerlegen können (act. 12).

3. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 11 S. 3 f.). Diese erwog ferner zutreffend, dass der Kläger das Ausweisungsbegehren auf seine Kündigung vom 22. November 2013 stützte, welche mit Eigenbedarf begründet worden war (act. 1 S. 3 ff., act. 3/3). Davon geht auch der Beklagte aus (act. 12). Es steht dem Vermieter frei, ein unbefristetes Mietverhältnis ordentlich gestützt auf Art. 266a OR unter Einhaltung der vertraglichen oder gesetzlichen Fristen und Termine wegen Eigenbedarfs zu kündigen. Die Parteien vereinbarten, dass der Mietvertrag mit einer Frist von drei Monaten auf das Ende jeden Monats ausser Dezember aufgelöst werden könne (act. 3/2). Damit statuierten sie unter Beibehaltung der gesetzlichen dreimonatigen Kündigungsfrist zusätzlich zu den ortsüblichen Terminen weitere mögliche Kündigungsstermine (Art. 266c OR). Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, dass die Kündigung form- und fristgerecht erfolgte: Der Kläger kündigte das Mietverhältnis am 22. November 2013 unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 31. Mai 2014. Die Kündigung wurde dem Beklagten am 26. November 2013 zugestellt (act. 3/3). Dass der Kläger die Kündigung nicht bereits auf den nächst möglichen Termin, also unter Ausschluss des Dezembers per Ende März 2014, sondern erst auf Ende Mai 2014 aussprach, ist als Entgegenkommen seinerseits zur Milderung einer allenfalls bestehenden Härte auszulegen und ist nicht zu beanstanden.

4.a) Dieser Sachverhalt wird vom Beklagten nicht bestritten. Er macht aber geltend, der Kläger habe den seiner Ansicht nach zwingenden Nachweis des geltend gemachten Eigenbedarfs nicht erbracht, weshalb die Kündigung unwirksam sei. Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit – die Rechtsfolgen sind die gleichen – kann jederzeit, Rechtsmissbrauch vorbehalten, d.h. auch im Ausweisungsverfahren geltend gemacht werden. Sie ist zu bejahen, wenn gesetzliche oder vertragliche Formerfordernisse nicht erfüllt sind. Eine formrichtige Kündigung ist nichtig bei Vorliegen anderer formeller Mängel, so einer fehlenden Vollmacht, oder bei Fehlen einer gesetzlichen, vertraglichen oder

statutarischen Kündigungsvoraussetzung wie z.B. der Fristansetzung und Kündigungsandrohung bei einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR (Lachat/Thanei, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., S. 598 f.). Solches ist jedoch nicht gegeben. Liegt wie hier eine ordentliche, formell korrekte Kündigung vor, so ist sie vorerst einmal gültig; dies selbst bei fehlender Begründung, denn letztere ist kein Gültigkeitserfordernis und nur auf Verlangen nachzuliefern (Art. 271 Abs. 2 OR). Somit ist der Kündigungsgrund

– anders als bei ausserordentlichen Kündigungen, namentlich der Kündigung des neuen Eigentümers wegen dringenden Eigenbedarfs nach Art. 261 OR – grundsätzlich nicht nachzuweisen. Der Kläger lieferte aber von Anfang an eine Begründung und nannte als Grund "Eigenbedarf", worüber er den Beklagten bereits vorgängig informiert hatte. Der Kündigende ist an das Prinzip der Wahrheit gebunden, d.h. die Begründung der Kündigung soll inhaltlich richtig sein. Geht der Beklagte davon aus, der Kündigungsgrund sei bloss vorgeschoben, so hätte er die Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang bei der zuständigen Schlichtungsbehörde anfechten müssen (Art. 273 Abs. 1 OR), was er unbestrittenermassen unterlassen hat. Weshalb er damals von der Anfechtung absah, ist unerheblich (vgl. act. 12 S. 1). In einem späteren Zeitpunkt, namentlich im Rahmen des vorliegenden Ausweisungsverfahrens, ist der Beklagte mit dem Einwand der Treuwidrigkeit der Kündigung ausgeschlossen. Die Kündigung bleibt demnach gültig und entfaltet ihre Wirkungen (Lachat/Thanei, a.a.O., S. 522 und S. 601 f. ).

b) Ebenso wenig vermag das Vorbringen des Beklagten, er habe mit dem Kläger nach dem Verkauf des Hauses eine zweimonatige Auszugsfrist vereinbart, etwas an der Gültigkeit der Kündigung zu ändern. Insbesondere bietet dieser Einwand keinen Grund für einen (weiteren) Aufschub.

c) Auch der Umstand, dass der Kläger am 5. März 2014 eine ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs auf den 30. April 2014 aussprach, führt zu keinem anderen Ergebnis (act. 7/5). Diese Kündigung hat der Beklagte bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Winterthur angefochten. Es wurde auf den 16. Juni 2014 zur Verhandlung vorgeladen (act. 3/9). Es ist dem

Vermieter unbenommen, nach einer gültig erfolgten ordentlichen Kündigung bei gegebenen Voraussetzungen jederzeit auf einen früheren Termin ausserordentlich zu kündigen (ZK OR-Higi, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N 9 ff.). Soweit sich den Akten entnehmen lässt, wurde über die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung per Ende April 2014 noch nicht entschieden. Diesbezügliche Weiterungen können aber unterbleiben. Im Urteilszeitpunkt ist das Mietverhältnis ohnehin aufgrund der ordentlichen Kündigung vom 22. November 2013 rechtsgültig auf den 31. Mai 2014 aufgelöst. Ob der Vertrag durch die ausserordentliche Kündigung allenfalls bereits auf einen früheren Termin beendet und die ordentliche Kündigung dadurch hinfällig wurde, kann aufgrund des Zeitablaufs dahingestellt bleiben.

d) Schliesslich hält der Beklagte selbst zu Recht fest, dass die vom Kläger geltend gemachten Ausstände vorliegend unbeachtlich sind (act. 12 S. 1). Diese sind nur im Rahmen der Zahlungsverzugskündigung von Belang, welche hier, wie dargelegt, nicht zu beurteilen ist.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Mietvertrag gültig aufgelöst ist und sich der Beklagte gegenwärtig ohne Rechtsgrund im Mietobjekt aufhält. Der Ausweisungsbefehl wurde demnach zu Recht erteilt.

Anzumerken bleibt Folgendes: Der Kläger verlangte die Ausweisung am 15. Mai 2014, mithin vor Ablauf der (ordentlichen) Kündigungsfrist am 31. Mai 2014. Für ein vorzeitiges Ausweisungsbegehren verlangen Lehre und Praxis, dass in liquider Weise erstellt oder bei Vorliegen von objektiven Anhaltspunkten ernsthaft zu befürchten ist, dass der Mieter auf Vertragsende das Mietobjekt nicht verlassen werde. Voraussetzung sind objektive Umstände, aus denen geschlossen werden kann, dass eine rechtzeitige Übergabe der Mietsache nicht zustande kommen wird. Es besteht nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtliches Interesse daran, dass unter diesen Umständen die rasche Vollstreckung gewährleistet ist (MRA 5/97 S. 220 = mp 1/97 S. 45; Lachat/Zahradnik, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., S. 685).

Mit Schreiben vom 7. Mai 2014 forderte der Kläger den Beklagten unter anderem auf, ihm bis zum 16. Mai 2014 mitzuteilen, um welche Uhrzeit er am 2. Juni 2014 das Mietobjekt übergeben möchte. Der Beklagte retournierte das Schreiben mit dem handschriftlichen, unterzeichneten Vermerk "Kein Kommentar. Verhandlung Schlichtungsbehörde am 16. Juni 2014. Bitte um pünktliches Erscheinen" (act. 3/4-5). Indem der Beklagte einerseits keinen Übergabezeitpunkt nannte und andererseits auf die infolge Anfechtung der ausserordentlichen Kündigung angesetzte Schlichtungsverhandlung verwies, indizierte er, dass er nicht gewillt war, das Mietobjekt überhaupt bzw. vor dem 16. Juni 2014 und damit termingerecht zurückzugeben. Unter diesen Umständen ist ein Rechtsschutzinteresse des Klägers an einem vorzeitigen Ausweisungsbegehren zu bejahen, zumal er es nur rund zwei Wochen vor Ablauf der Kündigungsfrist – bei Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung ohnehin erst nach Beendigung des Mietverhältnisses – stellte und die Ausweisung so oder so nach Vertragsablauf ausgesprochen wurde. Im Übrigen verblieben dem Beklagten durch die frühzeitige Kündigung des Klägers immerhin sechs Monate für die Wohnungssuche, die er ungenutzt verstreichen liess.

Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

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 (ordentlichen) Kündigung in Frage. Da er aber diese Kündigung nicht angefochten hat und sich zugleich auf eine angeblich vereinbarte längere Auszugsfrist bezieht, 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 noch nicht über das Objekt verfügen kann. Es geht mit anderen Worten, wie der Beklagte zu Recht festhält, nicht um allenfalls rückständige Mietzinse (act. 12 S. 1), sondern um den Wert der Nutzung des Objekts während des Ausweisungsverfahrens, der sich anhand des Mietzinses

bemisst. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 15. Mai 2014 ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46, online Stand 20. Oktober 2013). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'500.-- (act. 3/2) ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 15'000.--.

Über die Höhe des Streitwertes entscheidet das Bundesgericht indes selbständig, wenn es angerufen wird.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. Juni 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 800.-- 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. 12, an das Gemeindeammannamt E. \_\_\_\_\_ 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. 15'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: