

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Urteil vom 17. Oktober 2014

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

C._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zü-
rich vom 10. September 2014 (ER140177)

Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es seien die Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten und es sei ihnen demzufolge zu befehlen, die von ihnen gemietete 3 ½-Zimmer-Wohnung (Nr. ...), Erdgeschoss, samt dazugehörigem Kellerabteil, an der D. _____-Strasse ..., ... Zürich, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt, umgehend zu verlassen und dem Kläger zu übergeben;
2. Das zuständige Gemeindeammannamt Zürich ... sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mwst.) zu lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz,
vom 10. September 2014 (act. 19):**

- "1. Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, die 3 ½-Zimmer-Wohnung (Nr....) im Erdgeschoss, samt dazugehörigem Kellerabteil, an der D. _____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Zürich ... wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen des Gesuchstellers die Verpflichtung der Gesuchsgegner gemäss Ziffer 1 dieses Entscheids zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschüssen. Sie sind ihm aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'500.-- wird vom Gesuchsteller bezogen, ist ihm aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
4. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'080.-- zu bezahlen."

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegner und Berufungskläger (act. 20):

- "1. Es sei das Urteil vom 10. September 2014, des Bezirksgerichts Zürich (Einzelgericht Audienz) aufzuheben.
2. Es sei die Ausweisung und Kündigung der gegnerischen Partei aufzuheben.
3. Das zuständige Gemeindeammannamt Zürich ... sei zu anweisen, dass der Urteil aufgehoben und der Ausweisungsbefehl nicht Rechtskräftig sei.
4. alles Unterkosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegnerischen Partei.
5. es sei, die Kosten- und Entschädigungsfolgen aus dem Urteil vom 10. September 2014, von dem Bezirksgericht zur Entlastung des Gesuchstellers aufzuheben."

Erwägungen:

1. a) Der monatliche Mietzins der von den Gesuchsgegnern und Berufungsklägern (Mieter) beim Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (Vermieter) gemieteten Wohnung betrug seit 1. April 2010 Fr. 1'924.-- netto plus Fr. 200.-- Akontozahlung für Heiz- und Nebenkosten (act. 4/5). In den Monaten September, Oktober und November des Jahres 2013 kam es zu Mahnungen wegen ausstehender Mietzinse (act. 4/6-9). Mit der Heiz- und Nebenkostenabrechnung vom 5. Dezember 2013 für den Zeitraum 1. Juli 2012 bis 30. Juni 2013 verlangte der Vermieter von den Mietern die Bezahlung des Saldos von Fr. 1'007.10 zu seinen Gunsten innert 30 Tagen (act. 4/11). Mit Schreiben vom 11. Februar 2014 mahnte der Vermieter die Mieter wegen dieser ausstehenden Heiz- und Nebenkostenforderung und setzte ihnen unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR bei unbenütztem Fristablauf eine 30-tägige Zahlungsfrist an (act. 4/12-13). Am 25. Juni 2014 kündigte er ihnen sodann per 31. Juli 2014 mit dem amtlichen Formular wegen Zahlungsverzugs (act. 6/16, 6/17), nachdem er zuvor am 21. März 2014 eine als verfrüht beurteilte Kündigung ausgesprochen hatte (act. 1 S. 6).

b) Mit Eingabe vom 12. August 2014 stellte der Vermieter bei der Vorinstanz das vorliegende Ausweisungsbegehren (act. 1). Diese hiess nach durchgeführter Hauptverhandlung (Prot. I S. 3-6) das Gesuch des Vermieters gut und erteilte am 10. September 2014 den beantragten Ausweisungsbefehl (act. 19).

c) Gegen diesen Entscheid erhoben die Mieter rechtzeitig (act. 16/b i.V. mit act. 20) Berufung und verlangten die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Antrag 1). Zudem beantragten sie die Abweisung des Ausweisungsbegehrens (Antrag 2), die Ungültigerklärung der Kündigung (Antrag 2), die Anweisung an das Gemeindeammannamt (Antrag 3), die Aufhebung des vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsdispositivs (Antrag 5) und verlangten eine Parteientschädigung sowie Kostenaufgabe an den Berufungsbeklagten (Antrag 4).

d) Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-17). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen, da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Die Vorinstanz erwog, die Mieter führten im Wesentlichen an, sie hätten die Mietzinse grundsätzlich immer, wenn auch ab und zu verspätet, bezahlt. Die Mieter erachteten den ausstehenden Betrag der Heiz- und Nebenkosten als derart gering, dass er eine ausserordentliche Kündigung nicht rechtfertige. Die Vorinstanz hielt sodann fest, dass der Vermieter mit Schreiben vom 11. Februar 2013 die Mieter wegen der ausstehenden Heiz- und Nebenkosten gemahnt und ihnen unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung eine 30-tägige Zahlungsfrist angesetzt habe. Nachdem diese Frist unbenützt abgelaufen gewesen sei, habe er den Mietern am 25. Juni 2014 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. Juli 2014 gekündigt. Der Vermieter habe die Formen und Fristen von Art. 257d und 266I OR eingehalten und das Mietverhältnis gültig per 31. Juli 2014 aufgelöst. Die Vorinstanz wies die Mieter darauf hin, dass das ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters auch dann bestehe, wenn Heiz- und Nebenkosten nicht bezahlt würden und dass das Gesetz für das ausserordentliche Kündigungsrecht keine Mindesthöhe der offenen Forderungen des Vermieters vorsehe.

3. Die Berufungskläger beantragen zunächst die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (Antrag 1). Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

a) Die Berufungskläger bringen zur Begründung ihrer Berufung (ebenso wie vor der Vorinstanz) vor, sie hätten vor der Verhandlung vor der Vorinstanz alle Mietzinse beglichen (act. 20 S. 2 i.V. mit Prot. I S. 4). Dies ist vorliegend jedoch irrelevant. Entscheidend ist hier folgendes: Mit unbenütztem Ablauf der ihnen vom Berufungsbeklagten angesetzten dreissigtägigen Zahlungsfrist (Art. 257d Abs. 1 OR) konnte der Berufungsbeklagte das Mietverhältnis mit einer Frist von dreissig Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Die Berufungskläger hätten demnach einzig mit der rechtzeitigen Zahlung der ausstehenden Heiz- und Nebenkostenforderung von Fr. 1'007.10 innerhalb der ihnen vom Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 11. Februar 2014 angesetzten 30-tägigen Zahlungsfrist das ausserordentliche Kündigungsrecht des Berufungsbeklagten gemäss Art. 257d Abs. 2 OR abwenden können. Sie führten selbst aus, sie hätten die Heiz- und Nebenkosten erst Anfang September 2014, d.h. nach Ablauf der Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR, bezahlt (Prot. I S. 4).

b) Die Berufungskläger führen in ihrer Berufungsbegründung aus, der Berufungsbeklagte habe auch nach der Kündigung ihre Zahlungen der Mietzinse als solche angenommen und nicht als Schadenersatz. Damit sei das Mietverhältnis weitergeführt worden und die Kündigung sei nichtig (act. 20).

Es ist anzunehmen, dass mit diesen Ausführungen geltend gemacht werden will, dass die Berufungskläger nach der Kündigung weiterhin Miete gezahlt hätten und dass der Beschwerdebeklagte solche Zahlungen entgegengenommen habe. Die Berufungskläger sind offenbar der Meinung, dass deswegen das Mietverhältnis fortgeführt worden sei. Dieses Vorbringen ist zweitinstanzlich neu und, da die Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht dargetan wurden, nicht zu berücksichtigen. Ausserdem ist es auch nicht zutreffend. Nach erfolgter Kündigung

des Mietvertrages – solange die Mieterschaft noch nicht aus dem gekündigten Mietobjekt ausgezogen ist – wird von einem sog. "faktischen Mietverhältnis" oder von einem "mietvertragsähnlichen Verhältnis" ausgegangen. Insbesondere ist auch in einem solchen Verhältnis eine Gegenleistung für den ausgeübten Gebrauch geschuldet. Bei Mietern, die nach der Kündigung des Mietvertrages im Mietobjekt geblieben sind, ist mindestens der Betrag geschuldet, der dem bisherigen vertraglichen Mietzins entspricht. Eine Entgegennahme einer solchen "Mietzinszahlung" durch den Hauseigentümer ändert an der Rechtswirksamkeit der Kündigung nichts (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, Rz 33 f. zu Vorbemerkungen zu Art. 253-274g).

c) Weiter führen die Berufungskläger aus, die ausstehende Heiz- und Nebenkostenforderung des Vermieters von Fr. 1'007.10 sei zu gering gewesen, um eine Ausweisung zu rechtfertigen (act. 20). Die Vorinstanz wies die Berufungskläger in ihren Erwägungen darauf hin, dass Art. 257d OR dem Vermieter das Recht auf ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs auch dann einräumt, wenn die Mieter mit der Zahlung fälliger Nebenkosten im Rückstand sind. Ferner hielt die Vorinstanz fest, dass das Gesetz keinen Mindestbetrag an offenen Mietzins- oder Nebenkostenforderungen vorsieht (act. 19 S. 4). Die Gesetzesbestimmung lautet: "Ist der Mieter (..) mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde" (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Berufungskläger setzen sich mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und vermögen nicht darzutun, dass die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt habe.

d) Die Berufungskläger machen sodann geltend, der Berufungsbeklagte habe das Betreibungsamt nicht darüber informiert, dass sie alle Forderungen schon länger beglichen hätten. Es seien daher immer noch mehrere Zahlungsbefehle gegen sie vorhanden, sogar eine Pfändung, welche zu einem Verlustschein geführt habe (act. 20). Diese Behauptungen sind zweitinstanzlich neu und gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Sie sind im vorliegenden Verfahren auch nicht relevant. Ein Pfändungsverlustschein vermöchte die Tilgung der entspre-

chenden Forderung ohnehin nicht zu beweisen. Ausserdem besteht keine Pflicht des Gläubigers, Zahlungen seiner Schuldner ans Betreibungsamt zu melden.

d) Die (sinngemässe) Behauptung der Berufungskläger, sie hätten die Vermieterseite gebeten, eine detaillierte Kostenabrechnung sowie eine Rechnung mit Beweisen vorzulegen, aber lediglich eine irreführende Antwort ohne "nachhaltige" Beweise erhalten (act. 20 S. 3), ist zweitinstanzlich neu, verspätet und daher gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen. Sie ist im übrigen unsubstantiiert.

e) Auch die weitere Behauptung der Berufungskläger, sie hätten im Jahr 2013 dreizehnmal statt zwölfmal den Betrag von Fr. 2'124.-- bezahlt, wurde vorinstanzlich nicht vorgebracht und ist, da die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht dargetan wurden, nicht zu berücksichtigen.

f) Mit den - neuen - Vorbringen, dass sie infolge der Betreibungen kaum eine neue Wohnung finden könnten, dass das Sozialamt ihnen keine Hoffnung für Unterstützung oder Hilfe für eine Stadtwohnung mache (act. 20 S. 3), vermögen die Berufungskläger nicht darzutun, dass die Berufungsgründe gemäss Art. 310 ZPO, d.h. unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz, erfüllt wären.

Damit erweist sich die Berufung der Berufungskläger hinsichtlich ihres ersten Antrages auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils als unbegründet.

4. Zu den weiteren Anträgen der Berufungskläger ist folgendes festzuhalten:

a) Eine Anfechtung der Kündigung (Antrag 2) hätte nicht bei der Kammer zu erfolgen, welche dafür nicht zuständig ist, sondern bei der Schlichtungsbehörde, wie dies den Berufungsklägern vom Berufungsbeklagten mit der Kündigung auf dem amtlichen Kündigungsformular mitgeteilt worden war (act. 16/1, 17/1). Auf das (sinngemäss gestellte) Begehren der Berufungskläger ist daher nicht einzutreten.

b) Eine Anweisung an das Gemeindeammannamt (Antrag 3) kommt von vornherein nicht in Betracht. Einerseits ist das angefochtene Urteil zu bestätigen und an-

derseits hätte bei dessen Aufhebung lediglich eine entsprechende Mitteilung, aber keine Anweisung zu erfolgen. Der Antrag 3 ist daher abzuweisen.

c) Der Antrag der Berufungskläger, dem Berufungsbeklagten die Kosten aufzuerlegen und ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung zu verpflichten (Antrag 4), ist abzuweisen. Die Berufungskläger unterliegen erst- und zweitinstanzlich. Die Prozesskosten, d.h. die Gerichtskosten beider Instanzen sowie die erstinstanzliche Parteientschädigung für den obsiegenden Berufungsbeklagten (Art. 95 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a, b ZPO), sind daher ihnen als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

d) Der Antrag, das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv aufzuheben (Antrag 5), ist aus den soeben (zu Antrag 4) erwähnten Gründen abzuweisen.

Die Berufung ist daher abzuweisen.

5. Es bleibt auch zweitinstanzlich beim Unterliegen der Berufungskläger. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 3 und 4) mit der Anordnung, dass die Berufungskläger unter solidarischer Haftbarkeit einerseits die vorinstanzlichen Kosten zu tragen bzw. dem Berufungsbeklagten zu ersetzen und andererseits auch dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen haben, ist daher zu bestätigen.

6. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gemäss dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles zu bemessen (Art. 96 ZPO, § 2 Abs. 1 lit. a, c, d GebV OG). Der Streitwert bemisst sich im Falle einer Ausweisung nach dem geschuldeten Mietzins für die Zeit ab Einleitung des Verfahrens bzw. angefochtenem Entscheid bis zur effektiven Ausweisung (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 45 mit Verweis auf BGer 4A_266/2007). Bei einer geschätzten Dauer von sechs Monaten und einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'124.--, rechtfertigt es sich demnach, von einem Streitwert von Fr. 12'744.-- auszugehen. Die Entscheidgebühr ist da-

her auf Fr. 600.-- festzusetzen (§§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1, 2 und 3, ferner 8 Abs. 1 GebV OG).

b) Entsprechend ihrem Unterliegen sind den Berufungsklägern auch die zweitinstanzlichen Kosten aufzuerlegen.

c) Mangels notwendiger Umtriebe ist dem Berufungsklagten für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 10. September 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 20, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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. 12'744.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: