

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichts-
schreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 8. Juni 2017

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____, lic. iur.,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom
15. Dezember 2016 (MG160002)

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 1; Prot. Vi S. 3)

- "1. Es sei die Beklagte unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu befehlen, die 3-Zimmerwohnung im Parterre inkl. Kellerabteil in der Liegenschaft C.____-Weg ..., D.____, unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben;
2. Es sei das zuständige Stadtammannamt anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 15. Dezember 2016:

(act 50 = act. 53 = act. 55)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'700.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'500.– (inkl. MWST) zu bezahlen.

(5./6.: Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung).

Berufungsanträge:

(act. 54 i.V.m. act. 59, jeweils S. 2)

- "1. Es sei das Urteil vom 15. Dezember 2016 des Bezirksgerichtes Bülach, Mietgericht (Geschäfts-Nr.: MG160002-C), vollständig aufzuheben;
2. Es sei die Berufungsbeklagte/Beklagte unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu befehlen, die 3-Zimmerwohnung im Parterre inkl. Kellerabteil in der Liegenschaft

- C._____-Weg ..., D._____, unverzüglich zu räumen und dem Berufungskläger/Kläger ordnungsgemäss zu übergeben;
3. Es sei das zuständige Stadttammannamt anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Berufungsklägers/Klägers zu vollstrecken;
 4. Es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Bülach, Mietgericht (Geschäfts-Nr.: MG160002-C), vollumfänglich der Berufungsbeklagten/Beklagten aufzuerlegen;
 5. Es sei die Berufungsbeklagte/Beklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger/Kläger für das vorinstanzliche Verfahren vor dem Bezirksgericht Bülach, Mietgericht (Geschäfts-Nr.: MG160002-C), eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'180.00 (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen;
 6. Eventualiter sei die Streitsache zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdegegnerin/Beklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Mieterin, Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Mieterin) mietete vom Vermieter, Kläger und Berufungskläger (fortan Vermieter) mit Vertrag vom 22. Februar 1990 eine 3-Zimmerwohnung im Parterre am C._____-Weg ... in D._____ (act. 4/3). Mit Schreiben vom 16. April 2014 forderte der Vermieter die Mieterin unter Ansetzung einer kurzen Frist auf, diverse Gegenstände auf den allgemeinen Aussen- und Innenflächen zu entfernen (act. 4/4). Am 27. November 2014 kündigte der Vermieter der Mieterin das Mietverhältnis ordentlich per 31. März 2015 wegen einer Neubaurealisierung (act. 11/2 = act. 13/2). Die Mieterin focht diese Kündigung als ungültig an, da sie innert der Sperrfrist von Art. 271 Abs. 1 lit. e OR erfolgt sei (act. 13/1). Einem darauf angestregten Revisionsverfahren gegen den die Kündigungssperrfrist auslösenden Vergleich vom 10. April 2014 betreffend Mietzinsanfechtung war kein Erfolg beschieden (act. 13/4). Der Vermieter anerkannte im Kündigungsschutzverfahren,

dass die Kündigung vom 27. November 2014 innert der Sperrfrist erfolgt und damit ungültig sei (act. 53 S. 4 mit Verweis auf den Beschluss vom 19. September 2016 im Verfahren MM140150; vgl. dahingehend auch act. 32 S. 10). Am 17. August 2015 liess der Vermieter einen amtlichen Befund über die allgemeinen Aussen- und Innenflächen der Liegenschaft aufnehmen (act. 4/5) und forderte die Mieterin mit Schreiben vom 19. August 2015 auf, ihre Gegenstände bis zum 31. August 2015 aus den allgemeinen Gebäudeteilen zu entfernen (act. 4/6). Nachdem das Gemeindeammannamt ... am 1. September 2015 erneut einen amtlichen Befund über den Zustand des allgemeinen Teils der Liegenschaft (inkl. Umgebung) aufgenommen hatte (act. 4/7), kündigte der Vermieter das Mietverhältnis am 2. September 2015 gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR ausserordentlich auf den 31. Oktober 2015 (act. 4/8).

2. Am 3. November 2015 verlangte der Vermieter bei der zuständigen Schlichtungsbehörde die Ausweisung der Mieterin. Die Behörde erteilte dem Vermieter nach gescheitertem Schlichtungsversuch mit Beschluss vom 18. Januar 2016 die Klagebewilligung (act. 1). Am 24. Februar 2016 gelangte er fristgerecht an das Mietgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz). Darauf fand am 24. Mai 2016 die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher die Klagebegründung und -antwort erstattet wurden (Prot. VI S. 2 ff.; act. 10-13). Am 25. Mai 2016 verlangte die Mieterin den Ausstand des für das Verfahren zuständigen Bezirksrichters (act. 14). Nach durchgeführtem Verfahren (act. 15-19; act. 22-31) wies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren ab (act. 36) und schrieb auch ein damit zusammenhängendes Protokollberichtigungsbegehren der Mieterin (act. 23) ab (act. 46). In der Sache hatte die Vorinstanz am 6. Juni 2016 einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet und dem Vermieter Frist zur Erstattung der Replik angesetzt (act. 20), welche fristgerecht einging (act. 32 f.). Auch die Mieterin erstattete die Duplik rechtzeitig (act. 34 i.V.m. act. 39 f.). Am 3. Oktober 2016 reichte der Vermieter der Vorinstanz eine Stellungnahme zu Noven in der Duplik ein (act. 47 f.). Die Mieterin liess sich dazu nicht mehr vernehmen (act. 49). Hernach erachtete die Vorinstanz die Sache als spruchreif und fällte das Urteil vom 15. Dezember

2016 (act. 50 = act. 53 = act. 55). Dagegen erhob der Vermieter mit Eingabe vom 23. Januar 2017 fristgerecht das Rechtsmittel (act. 51 i.V.m. act. 54).

3. Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten bei (act. 1-51), stellte mit Verfügung vom 6. Februar 2017 klar, dass vorliegend die Regeln der Berufung zur Anwendung kommen und setzte dem Vermieter Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'500.– an (act. 56), welcher fristgerecht einging (act. 57 f.). Mit Eingabe vom 16. Februar 2017 teilte der Vermieter mit, dass er für das Rechtsmittelverfahren neu eine Parteientschädigung von Fr. 7'180.– verlange (und nicht Fr. 2'500.– wie ursprünglich geltend gemacht [act. 54 S. 2]). Eine Berufungsantwort (Art. 312 ZPO) ist nicht einzuholen. Die Sache ist spruchreif. Der Mieterin sind indes zusammen mit dem Endentscheid Doppel von act. 54 und act. 59 zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

1. Die Vorinstanz wies die Klage um Ausweisung der Mieterin ab (act. 53 S. 14). Sie erwog dazu im Wesentlichen, dass die ausserordentliche, auf Art. 257f Abs. 3 OR gestützte Kündigung unwirksam sei. Die Mieterin habe zwar teilweise anerkannt, Eigentümerin der vom Vermieter gerügten Gegenstände zu sein und diese ausserhalb ihrer Mietfläche auf allgemeinen Innen- und Aussenflächen deponiert zu haben. Dies sei eine Sorgfaltspflichtverletzung, die aufgrund der Gesamtumstände indes nicht als schwerwiegend qualifiziert werden könne. Insbesondere seien die Umstände nicht geeignet, die Weiterführung des Mietverhältnisses unzumutbar zu machen. Es fehle damit am ausserordentlichen Kündigungsgrund. Die Kündigung vom 2. September 2015 sei unwirksam, weshalb die Mieterin nicht ausgewiesen werden könne (act. 53 S. 4 ff.).

2.

2.1. In der Berufung bringt der Vermieter vor, dass die Vorinstanz einerseits das Recht – insbesondere Art. 257f Abs. 3 und 4 OR sowie Art. 152 Abs. 1 ZPO

(Recht auf Beweis) – unrichtig angewandt sowie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt habe. Er macht im Wesentlichen geltend, dass Art. 257f OR eine Mietpartei nicht nur zum sorgfältigen und rücksichtsvollen, sondern auch zum *vertragsgemässen* Gebrauch der Mietsache verpflichte. Liege eine vertragswidrige Nutzung vor, habe die Voraussetzung der Unzumutbarkeit in Art. 257f Abs. 3 OR nach neuer, konstanter Praxis des Bundesgerichts und herrschender Lehre keine eigenständige Bedeutung. Eine Kündigung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR sei auch dann zulässig, wenn die vertragswidrige Nutzung nicht zu unzumutbaren Verhältnissen führe (act. 54 S. 8 ff.). Entgegen der Vorinstanz wäre die Kündigung aber auch zu schützen, wenn davon ausgegangen würde, dass eine Kündigung nur unter der Voraussetzung erfolgen könne, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Es sei erstellt, dass die Mieterin auf den nicht zum Mietobjekt gehörenden Flächen folgende persönliche Gegenstände abgestellt habe:

- zwei Tische sowie einige Pflanzentöpfe auf dem Verbundsteinplatz
- diverse Utensilien unter der gedeckten Laube
- diverse Gegenstände im Raum auf dem Zwischenboden EG/OG
- ein Fahrrad im Kellergeschoss

Hierbei handle es sich um eine massive Überschreitung des vereinbarten Gebrauchsrechts. Die Mieterin benutze mehrere allgemeine Aussen- und Innenflächen unrechtmässig, intensiv und bereits seit längerer Zeit – mindestens seit Frühling 2014 (act. 54 S. 12 ff.).

2.2. In jedem Fall stelle die geltend gemachte vertragswidrige Nutzung des Treppenhauses durch die Mieterin eine schwere Vertragsverletzung dar. Dass die fraglichen Gegenstände – namentlich drei Tierkörbe bzw. -kisten sowie diverse weitere Utensilien – nicht ihr gehören würden, sei offensichtlich eine Schutzbehauptung. Die Vorinstanz sei mit keinem Wort auf das Vorbringen und die damit zusammenhängenden Beweisofferten eingegangen. Aus den eingereichten Fotos in den amtlichen Befunden sei klar ersichtlich, dass die Mieterin die Gegenstände umgestellt und damit gebraucht habe. Auch habe die Vorinstanz davon abgesehen, E._____ und F._____ als Zeugen einzuvernehmen. Diese hätten bestätigen

können, dass auf dem Gestell im Treppenhaus immer wieder andere Gegenstände, welche der Mieterin gehörten, abgestellt gewesen seien. Dies stelle eine klare Verletzung des Rechts auf Beweis dar. Das Treppenhaus sei ein Fluchtweg, der nach der Brandschutzrichtlinie "Flucht- und Rettungswege/16-03d" jederzeit frei und sicher gehalten werden müsse. Das Gestell verletze die Brandschutzvorschriften, was aufgrund der davon ausgehenden Gefahren und Auswirkungen stets als schwere Verletzung qualifiziert werden müsse und die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar mache (act. 54 S. 15 ff.).

III.

1. Gegenstand des Verfahrens ist die Ausweisung der Mieterin infolge einer ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR (act. 4/8). Nach dem Gesetz kann der Vermieter von Wohnräumen dem Mieter mit einer Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monat ausserordentlich kündigen, wenn der Mieter trotz schriftlicher Mahnung seine Pflicht zur Sorgfalt oder Rücksichtnahme weiterhin verletzt, sodass dem Vermieter oder den Hausbewohnern die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist (Art. 257f Abs. 3 OR). Die Kündigung bedarf damit stets eines besonderen Kündigungsgrundes. Fehlt es am Grund, fehlt die Berechtigung zur ausserordentlichen Vertragsauflösung. Eine gleichwohl ausgesprochene ausserordentliche Kündigung erweist sich als die Kündigung eines Nichtberechtigten und bleibt wirkungslos (BGE 121 III 156, E. 1c; BGer, 4A_485/2014 vom 3. Februar 2015, E. 3.1; ZK-Higi, Art. 257f N 49 m.w.H.).

2. Wohl nennt der Gesetzestext in Art. 257f Abs. 3 OR nur die Pflicht zur Sorgfalt und Rücksichtnahme. Zutreffend weist der Vermieter aber darauf hin (act. 54 S. 8), dass damit generell die Pflicht zum vertragsgemässen Gebrauch der Mietsache gemeint ist (vgl. einlässlich ZK-Higi, Art. 257f N 9 ff. und insbes. N 14 f.; siehe ferner BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 257f N 1 m.w.H.; BGE 123 III 124, E. 2a oder 132 III 109, E. 2 m.w.H.). Nicht nur fehlende Sorgfalt oder Rücksichtnahme, sondern auch der sonstige vertragswidrige Gebrauch der Mietsache, können deshalb eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen (SVIT-Komm.,

3. Aufl. 2008, Art. 257f N 7 m.w.H.). Dem Vermieter ist somit grundsätzlich zuzustimmen, wenn er geltend macht, dass der vertragswidrige Gebrauch oder die vertragswidrige Nutzung durch die Mieterin, Anlass zu den "Sanktionen" nach Art. 257f Abs. 3 OR geben kann (act. 54 S. 9). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass das Verhalten der Mieterin, welches der Vermieter zum Anlass der Vertragsauflösung genommen hat, keine Sorgfaltspflichtverletzung i.S. des Art. 257f OR darstellt und ebenso wenig einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache beinhaltet. Denn die von ihr gemietete Sache ist die Wohnung. Hat sie das Treppenhaus und weitere Allgemeinflächen mit Gegenständen belegt, so hat sie sich Gebrauchsrechte angemasst, die ihr vertraglich nicht zustehen, also eine sog. positive Vertragsverletzung begangen.

3.

3.1. Der Vermieter ist der Ansicht, dass ihn die behaupteten Verletzungen auch dann zur ausserordentlichen Vertragsauflösung berechtigen würden, wenn die Fortsetzung des Mietverhältnisses dadurch nicht unzumutbar würde (vgl. Ziff. II./2.1). Er stützt sich in seiner Argumentation dabei massgeblich auf BGE 132 III 109 (= Pra 96 [2007] Nr. 19). Aus dieser Rechtsprechung kann er indes nichts zu seinen Gunsten ableiten. Gegenstand des Streits war eine Kündigung nach Art. 257f Abs. 3 OR. Sie erfolgte, nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Mieter das Mietobjekt entgegen dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck "bureaux" zum Betrieb eines erotischen Massagesalons benutzt hatte (BGE 132 III 109; vgl. auch Higi, Urteil 4C.302/2005 der I. Zivilkammer des Bundesgerichts vom 9. Januar 2006 i.S. X ca. SA, AJP 2006 882 ff., S. 882). Tatsächlich hielt das Bundesgericht in dieser Entscheidung fest, dass der Vermieter die Möglichkeit haben müsse, den mit "bureaux" vereinbarten Verwendungszweck durchzusetzen, selbst wenn die Vertragsverletzung in diesem Punkt nicht dazu führe, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar werde (BGE 132 III 109, E. 5). Zutreffend bemerkt der Vermieter (act. 54 S. 11), dass diese Rechtsprechung auch auf die Untermiete ohne vorgängige Einwilligung des Vermieters ausdehnt wurde (BGE 134 III 300, E. 3.1 [= Pra 97 [2008] Nr. 130] sowie BGE 134 III 446, E. 2.2 a.E. [= Pra 98 [2009] Nr. 21]). Das Bundesgericht weist

indes in den beiden letztgenannten Entscheiden lediglich darauf hin, dass dem Erfordernis der Unzumutbarkeit keine selbständige Tragweite zukomme, wenn der Vermieter nach Art. 262 Abs. 2 OR berechtigt gewesen wäre, die Zustimmung zur Untermiete zu verweigern (BGE 134 III 300, E. 3.1 sowie BGE 134 III 446, E. 2.2 a.E.). Von einem gänzlichen Verzicht auf die Voraussetzung ist nicht die Rede. Das scheint auch der Vermieter so zu sehen, wenn er zusammenfassend anführt, dass die Voraussetzung der Unzumutbarkeit im vorliegenden Fall keine selbständige Bedeutung habe (act. 54 S. 9 sowie S. 11 a.E.). Es ist weiter festzuhalten, dass das Bundesgericht lediglich für grundlegende Verletzungen des Mietvertrags – Verwendung entgegen dem Vertragszweck sowie unbewilligte Untermiete – erklärt hat, es trete die Voraussetzung der Unzumutbarkeit in den Hintergrund. Weder das eine noch das andere trifft auf den vorliegenden Fall aber zu. Dass jeder vertragswidrige Gebrauch zur Auflösung nach Art. 257f Abs. 3 OR berechtigen würde, wurde in dieser Allgemeinheit nie festgehalten, auch nicht im vom Vermieter weiter angeführten (act. 54 S. 11) BGer, 4A_413/2009 vom 11. November 2009 (insbes. E. 3 f.).

3.2. BGE 132 III 109 ist weiter nicht ohne Kritik geblieben (vgl. Higi, a.a.O., S. 884; Maag, Die Bundesgerichtspraxis zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257f OR bei Vertragsverletzungen, MRA 4/2006 127 ff., S. 134 ff.; BSK OR I-Weber, a.a.O., Art. 257f N 6 m.w.H.). Der Entscheid erwähnt, dass es möglich sein müsse, vertragliche Vereinbarungen zum Gebrauch der Mietsache zu treffen und auch wirksam durchzusetzen. Das ist gewiss richtig. Er geht sodann davon aus, dass das Erfordernis der Unzumutbarkeit in Art. 257f Abs. 3 OR diese Vertragsfreiheit hindere; letztere gehe – so das Bundesgericht sinngemäss – aber vor (vgl. Maag, a.a.O., S. 134). Art. 257f Abs. 3 OR stelle einen Spezialfall von Art. 107 OR dar, der ein Auflösungsrecht vorsehe, ohne dass die Unzumutbarkeit nachgewiesen werden müsse (BGE 132 III 109, E. 5). Ob das in dieser Allgemeinheit so zutrifft, erscheint fraglich. Zutreffen mag diese Auffassung, fasst man den Regelungsbereich des Art. 257f OR eng wie das Bundesgericht, stets in Fällen, in denen es um eine gewichtige Vertragsverletzung wie den fortgesetzten vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache durch den Mieter geht. Dagegen kann sich der Vermieter sachgemäss letztlich nur mit der Vertragsauflösung wehren. Geht

es hingegen – wie vorliegend – um eine positive Vertragsverletzung in Form der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (vgl. dazu statt vieler: Gauch/Schluep/Emmenegger, OR AT, 10. Aufl., Zürich 2014, Rn 2615 ff. oder BGer, 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011, E. 3.1 m.w.H.), so fallen diese unter das Regime von Art. 97 - 99 OR und nicht unter die Verzugsfolgen von Art. 103 - 109 OR (gl.M. Higi, a.a.O., S. 884 f. sowie Maag, a.a.O., Art. 134 f.). Die Lehre befürwortet zwar auch in diesem Fall ein im Gesetz nicht vorgesehenes Rücktritts-/Kündigungsrecht. Dies aber nur, sofern die nachträgliche Leistungsmöglichkeit besteht und die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass die Aufrechterhaltung des Vertrags unzumutbar ist (Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., RN 2624; Maag, a.a.O., S. 132; BSK OR I-Wiegand, a.a.O., Art. 97 N 58 m.w.H.; BGer, 4A_307/2011 vom 16. Dezember 2011, E. 3.1; ähnlich Higi, a.a.O., S. 885).

3.3. Auch nach den allgemeinen Regeln des OR besteht für ein Auflösungsrecht, das sich auf die Art. 97 ff. OR abstützt, folglich die Voraussetzung der Unzumutbarkeit, wie es der Art. 257f OR, der sich mit der Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten befasst, in seinem Abs. 3 vorsieht. Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob der Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung i.S. des Art. 257f OR eng auszulegen ist oder nicht, und es kann ebenso offen gelassen werden, ob die Regeln des Art. 257f OR bei einer engen Auslegung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung im Fall der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten sachgemäss nicht wenigstens analog zur Anwendung gelangen sollen und sich insoweit ein Rückgriff auf die allgemeinen Regeln erübrigt.

3.4. Ob die Fortsetzung des Mietverhältnisses zumutbar ist oder nicht, beurteilt sich nach einem objektiven Massstab und nach Massgabe aller konkreten Umstände des Einzelfalls, worauf auch der Vermieter zutreffend hinweist (act. 54 S. 12). Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung ist etwa dann gegeben, wenn die Verletzung nicht beseitigt werden kann, sei es objektiv oder weil der Mieter sich weigert und keine andere Möglichkeit bestünde, den vertragsgemässen Zustand wieder herzustellen. Die Schwere der Verletzung ist hierbei für sich allein nicht massgeblich.

4. Die Mahnung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR dient dazu, den Mieter über das ihm konkret vorgeworfene Verhalten zu informieren, damit er es entsprechend ändern kann. Mit ihr kann auch die Beseitigung eines durch die Verletzung begründeten Zustands verlangt werden, wenn der Mieter Abhilfe schaffen soll (ZK-Higi, Art. 257f N 51). Aus der geltend gemachten Vertragsverletzung entstehen dem Vermieter nämlich in erster Linie, und unabhängig vom allfälligen Recht auf ausserordentliche Vertragsauflösung, vertragliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (ZK-Higi, Art. 257f N 43 m.w.H.). Werden Gegenstände im Treppenhaus und auf weiteren Allgemeinflächen vertragswidrig deponiert, so ist es üblich und angebracht, dass der Vermieter den Mietparteien zunächst eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gegenstände ansetzt und in Aussicht stellt, nach deren Ablauf bzw. nach Ablauf einer Nachfrist alle bis dahin nicht weggeräumten Gegenstände zu entfernen. Ob der Vermieter diese Gegenstände im Anschluss auf Kosten der fehlbaren Mieter sicher zu verwahren hat oder sie als derelinquiert betrachten und entsorgen kann, darf vorliegend – wie die folgenden Überlegungen zeigen – offen bleiben.

5.

5.1. Der Vermieter wies die Mieterin mit Schreiben vom 19. August 2015 unter Bezugnahme auf ein vorgängiges Abmahnschreiben vom 16. April 2014 (act. 4/4), das in diesem Zeitpunkt bereits über ein Jahr alt war, darauf hin, dass sie erneut persönliche Gegenstände auf allgemeinen Teilen deponiert und diese bis spätestens am 31. August 2015 zu entfernen habe. Ein Hinweis auf die Konsequenzen im Unterlassungsfall enthält das Schreiben nicht (act. 4/6). Nur zwei Tage nach Fristablauf sprach der Vermieter die ausserordentliche Kündigung aus (act. 4/8). Der Vermieter leitet besonders aus den im Treppenhaus deponierten Gegenständen, welche die Brandschutzvorschriften verletzen würden, eine schwere Vertragsverletzung ab, die die Fortsetzung des Mietverhältnisses in jedem Fall unzumutbar mache (act. 54 S. 15 ff.). Ihm ist insoweit zuzustimmen (act. 54 S. 15 ff.), als dass der Einhaltung der Brandschutzvorschriften grosse Bedeutung beizumessen ist (vgl. auch act. 48/1 S. 6). Aufgrund des hohen Schädigungspotentials von Bränden und Explosionen sind die Vorschriften entsprechend ernst zu

nehmen. Der Vermieter ist als Eigentümer der Liegenschaft – darauf weist er zu-
treffend hin (act. 54 S. 17) – für ihre Einhaltung verantwortlich (act. 48/1 S. 6).
Deponieren Mieter Gegenstände auf den Fluchtwegen, so hat er sich entspre-
chend um die Wiederherstellung des brandschutzkonformen Zustands zu küm-
mern. Dies hat primär über die Beseitigung der Gegenstände, nicht aber der Miet-
verträge zu erfolgen (vgl. auch Ziff. III./3.4).

5.2. Es ist zu betonen, dass die Mieterin über das ganze Verfahren bestritt, Ei-
gentümerin der im Treppenhauses deponierten Gegenstände zu sein. Auch führte
sie durchwegs aus, dass sie die ihr gehörenden Gegenstände entfernt habe
(act. 10 S. 3 f., S. 6 f., S. 11 f.; Prot. VI S. 12, S. 14 f.; act. 39 S. 9, S. 11 f., S. 15).
Sie macht mit anderen Worten kein Eigentumsrecht an diesen Gegenständen gel-
tend und ebensowenig Besitz, den sie für Dritte hält. Es kann deshalb dahinge-
stellt bleiben, ob eine blossе Schutzbehauptung der Mieterin vorliegt, wie der
Vermieter behauptet (act. 54 S. 15; vgl. auch act. 47 S. 4), und es ist deshalb
auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von der Einvernahme von
E. _____ und F. _____ absah, wie der Vermieter ebenso moniert (act. 54 S. 16 ff.).
Der Vermieter räumte sodann ein, dass die zweite Wohnung in der Liegenschaft
seit dem Auszug des Mieters G. _____ vom 1. Juli 2012 bis zum 1. Juni 2015 leer
stand (act. 54 S. 4). Dass ein Dritter Eigentum an den Gegenständen beanspru-
chen würde, wurde weiter nicht geltend gemacht und ergibt sich auch nicht aus
den Akten. Es ist mithin – wie im Übrigen auch in Bezug auf das im Keller depo-
nierte Herrenvelo, an dem die Mieterin ebenso kein Eigentum geltend macht
(act. 12 S. 7) – von derelinquierten Sachen auszugehen. Es ist nicht an der Miete-
rin, ihr nicht Gehörendes aus dem Treppenhaus zu entfernen. Es steht dem Ver-
mieter frei bzw. es wäre seine Pflicht, den vertrags- bzw. brandschutzkonformen
Zustand durch Beseitigung der Gegenstände selbst wiederherzustellen. Die Fort-
setzung des Mietverhältnisses zwischen den Verfahrensparteien wird durch die
fraglichen Gegenstände nicht unzumutbar (vgl. Ziff. III./3.4). Sollte die Mieterin ur-
sprünglich ihr gehörende Gegenstände im Treppenhaus zurückgelassen haben,
so stellte sich bei einer Entsorgung durch den Vermieter allenfalls die Frage einer
teilweisen Kostenübernahme. Dies ist aber vorliegend nicht Streitgegenstand.
Mangels Zurechenbarkeit bzw. bei objektiv gegebener Möglichkeit, die Gegen-

stände eigenhändig zu entfernen, kann die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses jedenfalls nicht angenommen werden.

6. Die Mieterin anerkannte zwar, Eigentümerin des neben dem Hauseingang platzierten Tisches, eines Stahltisches, einiger Pflanzentröge, der Gegenstände beim Futterplatz unter der Laube und diverser – im Berufungsverfahren jedoch nicht weiter thematisierten – Gegenstände im separaten Raum des Zwischenbodens zu sein (act. 12 S. 3 f. und 6 f.; act. 39 S. 12 sowie S. 15). Dass sich an dieser Anmassung von Gebrauchsrechten lange Zeit niemand störte, ändert nichts an der Tatsache, dass es sich dabei um eine Vertragsverletzung handelt. Soweit sie der Mieterin zurechenbar ist, wiegt sie jedoch nicht derart schwer, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar würde. Um den vertragsgemässen Zustand wiederherzustellen, können diese Gegenstände problemlos – und wohl erst nach entsprechender Androhung (vgl. Ziff. III./2) – vom Vermieter entfernt und entsorgt/eingelagert werden (vgl. Ziff. III/3.4). Auch in diesem Fall stellte sich die vorliegend allerdings nicht streitgegenständliche Frage einer teilweisen Kostenübernahme durch die Mieterin. Die geordnet aufgestellten Tische und Pflanzentröge auf dem Verbundsteinplatz (vgl. act. 4/5 sowie act. 4/7) vermögen eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung objektiv ebenfalls nicht zu begründen. Deren Entfernung und die nachfolgende Lagerung kann angedroht und bei Nichtbeachtung der Androhung auf Kosten der Vermieterin erfolgen. Dasselbe gilt für die Gegenstände unter der Laube, die unansehnlich sind. Sie fügen sich immerhin in das ohnehin verwachsene Äussere der – wie auch der Vermieter einräumt (act. 32 S. 13; act. 47 S. 3) – alten Liegenschaft ein. Auch sie vermögen die Unzumutbarkeit bei objektiver Betrachtungsweise nicht zu begründen, was auch die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt (act. 53 S. 13 f.). Die ausserordentliche Kündigung erweist sich unter diesen Umständen als unverhältnismässig. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Mieterin bereits im April 2014 (act. 4/4) schon einmal abgemahnt worden war. Das Schreiben liegt zeitlich zu weit zurück, um noch eine fortgesetzte Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR zu belegen. Die Abmahnung im April 2014 war schliesslich auch nicht weiter verfolgt worden.

7. Die erfolglosen Bemühungen des Vermieters, den vertragsgemässen Zustand durch Fristansetzung wiederherzustellen, sind insgesamt nicht im Ansatz hinreichend dargetan. Damit fehlt es der Kündigung vom 2. September 2015 aber am ausserordentlichen Kündigungsgrund, weshalb sie sich als unwirksam erweist. Daran ändert auch die anstehende Realisierung eines Neubauprojektes (act. 10 S. 3 i.V.m. act. 11/1) nichts. Nach der zutreffenden Darstellung des Vermieters (act. 32 S. 2) kann ein Neubau wohl ein legitimes Interesse für eine *ordentliche* Kündigung eines Mietvertrages darstellen. Sollte die zügige Neubaurealisierung – wie die Mieterin unterstellt (act. 12 S. 11) – der wahre Kündigungsgrund sein, so stellte auch das keinen zulässigen Grund einer ausserordentlichen Kündigung dar. Der Vermieter bringt im Weiteren auch sonst nichts Stichhaltiges vor, was am bislang gewonnenen Ergebnis etwas zu ändern vermöchte. Die Berufung erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen. Das Urteil vom 15. Dezember 2016 ist zu bestätigen.

IV.

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Vermieter für beide Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzlichen Festsetzungen der Gerichtskosten und der Parteientschädigung blieben unbeanstandet und sind daher ebenfalls zu bestätigen. Der Streitwert der Berufung beträgt Fr. 52'021.– (act. 56 S. 3). Die Entscheidgebühr ist deshalb in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 7 lit. a und § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Der Betrag ist mit dem vom Vermieter geleisteten Kostenvorschuss (act. 58) zu verrechnen. Parteientschädigungen sind im Rechtsmittelverfahren keine zuzusprechen: Dem Vermieter nicht, weil er im Berufungsverfahren unterliegt, der Mieterin nicht, da ihr vorliegend keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gälte.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts Bülach vom 15. Dezember 2016 (MG160002-C) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von act. 54 und act. 59, sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw P. Klaus