

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 9. Februar 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch MLaw X. _____,

betreffend

Kündigungsschutz / Erstreckung / Ausweisung / Forderung

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 3. November 2016 (MB160014)

Rechtsbegehren

Hauptklage:

(Prot. VI S. 6 f.)

- " 1. Das Mietverhältnis sei um 5 Jahre zu erstrecken.
2. Eventualiter sei die Kündigung vom 23. Februar 2016 für ungültig zu erklären.
3. Subeventualiter sei eine allfällige Einigung der Parteien nach vollständiger Zahlung der Mietzinsausstände festzustellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Widerklage:

(act. 14 und Prot. VI S. 9 f.)

- " 1. Dem Widerbeklagten sei – unter Androhung der Straffolge gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall – zu befehlen, das mit Mietvertrag Nr. ... gemietete Mietobjekt innert 5 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids vollständig geräumt zu verlassen bzw. der Beklagten zu übergeben.
2. Räumt der Wiederbeklagte nicht rechtzeitig das Mietobjekt, sei die Beklagte zu ermächtigen, 5 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides auf Kosten des Klägers das Mietobjekt mit polizeilicher Hilfe zu räumen.
3. Der Wiederbeklagte sei zu verurteilen, der Widerklägerin für die widerrechtliche Benutzung des mit Mietvertrag Nr. ... ehemals gemieteten Mietobjekts eine Entschädigung von monatlich CHF 2'370.– für die Dauer vom 1. Mai 2016 bis zur Räumung des Mietobjekts, mindestens aber bis zum 1. November 2016 zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Widerbeklagten."

Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 3. November 2016:

(act. 18 = act. 22 = act. 24)

1. Die Klage wird abgewiesen und es wird festgestellt, dass die Kündigung der Beklagten und Widerklägerin vom 23. Februar 2016 per 30. April 2016 gültig ist.
2. In Gutheissung der Ziffer 1 und 2 der Widerklage wird der Kläger und Wiederbeklagte verpflichtet, das Mietobjekt innert 5 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vollständig geräumt der Beklagten und Widerklä-

gerin zu übergeben.

Das Stadtammannamt Zürich 11 wird angewiesen, das Mietobjekt 5 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids auf erstes Verlangen der Beklagten und Widerklägerin zu räumen. Die Kosten sind von der Beklagten und Widerklägerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber vom Kläger und Widerbeklagten zu ersetzen.

3. In Gutheissung von Ziffer 3 der Widerklage wird der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin für den Zeitraum zwischen dem 1. Mai 2016 und der vollständigen Räumung der Mietsache Fr. 2'370.– pro Monat zu bezahlen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'700.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 5'700.00 Kosten total

5. Die Kosten werden dem Kläger und Widerbeklagten auferlegt und von diesem unter Verrechnung seines Kostenvorschusses in gleicher Höhe bezogen.
6. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen.
- 7.+8. Mitteilungen und Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

(act. 23 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 3. November 2016 sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 23. Februar 2016 betreffend das Mietobjekt C._____-Strasse ..., ... Zürich nichtig respektive im Sinne von Art. 271 f. OR ungültig ist.
3. Eventualiter sei eine angemessene Erstreckung von mindestens einem Jahr zu gewähren.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Der Berufungskläger ist Mieter (nachfolgend Mieter) und die Berufungsbe-
klagte ist Vermieterin (nachfolgend Vermieterin) des Aufnahmegebäudes (inkl.
Nebengebäude und Parkplatz) am D. _____ [Ort]. Der Mieter betreibt darin einen
... Imbissstand. Der monatliche Bruttomietzins beträgt Fr. 2'370.–. Mietbeginn war
der 1. September 2014. Das Mietverhältnis wurde für eine feste Mietdauer von
fünf Jahren bis zum 31. August 2019 abgeschlossen mit Option auf Verlängerung
um weitere fünf Jahre (vgl. act. 16/2). Mit Schreiben vom 13. Januar 2016 mahnte
die Vermieterin den Mieter wegen ausstehender Mietzinsen für die Monate No-
vember und Dezember 2015 im Betrag von insgesamt Fr. 4'740.– und setzte ihm
eine 30-tägige Zahlungsfrist an, unter Androhung der ausserordentlichen Kündi-
gung gemäss Art. 257d OR bei unbenutztem Fristablauf (vgl. act. 16/5). Da der
Mieter diesen Ausstand nicht beglich, kündigte die Vermieterin am 23. Februar
2016 dem Mieter den Mietvertrag mittels amtlich genehmigtem Formular per 30.
April 2016 (vgl. act. 16/4).

1.2. Mit Eingabe vom 31. März 2016 focht der Mieter bei der Schlichtungsbehör-
de in Mietsachen des Bezirkes Zürich (sinngemäss) die Kündigung an und bean-
tragte die Erstreckung des Mietverhältnisses bis zum 31. August 2024. Da anläss-
lich der Schlichtungsverhandlung vom 6. Juni 2016 zwischen den Parteien keine
Einigung erzielt werden konnte, wurde dem Mieter die Klagebewilligung erteilt
(vgl. act. 4). Mit Eingabe vom 14. Juli 2016 und unter Beilage der Klagebewilli-
gung gelangte der Mieter an das Mietgericht des Bezirkes Zürich (nachfolgend
Vorinstanz) und stellte das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren. Die Vermiete-
rin erhob Widerklage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren. Nach durch-
geführter Hauptverhandlung vom 3. November 2016 (Prot. Vi S. 6 ff.) wies die
Vorinstanz die Klage des Mieters ab und stellte fest, dass die Kündigung der
Vermieterin gültig sei. Die Widerklage der Vermieterin wurde gutgeheissen
(act. 18 = act. 22 = act. 24, nachfolgend zitiert als act. 22). Dagegen erhob der
Mieter mit Eingabe vom 10. Januar 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beru-

fung (act. 23 i.V.m. act. 19). Den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– für das Berufungsverfahren leistete der Mieter auf erste Aufforderung (act. 26-28). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-20). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (act. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. der Mieter hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid seiner Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36). Dies gilt auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime (vgl. OGer ZH NG150022 vom 3. Februar 2016 E. 4.1. m.H.a. OGer ZH NG110004 vom 7. September 2011). 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).

2.2. Die vorliegende Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Mieter ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Wie bereits vor Vorinstanz bringt der Mieter bezüglich der Zahlungsverzugskündigung einzig vor, er habe die Zahlungsaufforderung (Mahnung) nicht erhalten. Es sei ihm somit nie Frist zur Nachzahlung angesetzt worden. Deshalb habe er auch nicht wissen können, dass der Mietvertrag gekündigt werde, wenn keine Zahlung erfolge (vgl. act. 23 S. 3 Rz 3, s. auch Prot. Vi S. 7).

Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR richtig dar (vgl. act. 22 S. 6 f. E. 2.1.). Dazu

erwog sie im Wesentlichen, die Mahnung vom 13. Januar 2016 habe dem Mieter nicht zugestellt werden können und sei mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vermieterin retourniert worden. Nach der relativen Empfangstheorie, die bei der Zustellung einer Mahnung nach Art. 257d Abs. 1 OR zur Anwendung gelange, gelte die Sendung am siebten Tag nach Einlegen des Avis und damit am 22. Januar 2016 als zugestellt. Als Nachweis für die Zustellung der Mahnung habe die Vermieterin sowohl das Mahnschreiben vom 13. Januar 2016 als auch die entsprechende Sendungsnachverfolgung eingereicht. Zweifel an deren Richtigkeit bestünden keine und seien vom Mieter auch nicht vorgetragen worden. Nicht entscheidend sei, ob der Mieter von der Sendung tatsächlich Kenntnis nehme. Nach Ablauf der Zahlungsfrist sei die Kündigung am 23. Februar 2016 unter Einhaltung der 30-tägigen Kündigungsfrist und mittels amtlich genehmigten Formular auf den 30. April 2016 erfolgt. Diese Zustellung habe die Vermieterin ebenfalls mit entsprechendem Sendungsnachweis belegt. Die Kündigung sei damit form- und fristgerecht erfolgt (vgl. act. 22 S. 8 f. E. 2.4.).

Wie gesehen bringt der Mieter nichts vor, was an diesen korrekten vorinstanzlichen Erwägungen etwas zu ändern vermöchte. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese verwiesen werden.

3.2. Die Vorinstanz hält in ihrem Ergebnis zur Gültigkeit der Kündigung sodann pauschal fest, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben nicht ersichtlich sei (vgl. act. 22 S. 9 E. 2.5.). Der Mieter ist anderer Ansicht (act. 23 S. 3 Rz 4). Als Begründung bringt er vor, die Vermieterin habe gekündigt, obwohl sie trotz Mietzinsausständen von einer Kündigung habe absehen wollen. Ausserdem habe die Vermieterin seine Situation (vgl. dazu E. 3.4. unten) zum Anlass genommen, um ihn loszuwerden (act. 23 S. 4 Rz 8). Ein solches Verhalten sei treuwidrig (act. 23 S. 3 Rz 5). Diese beiden Vorbringen sind neu. Der Mieter führt nicht aus, dass er diese Behauptungen bei zumutbarer Sorgfalt nicht vor erster Instanz hätte vorbringen können. Es handelt sich daher um unzulässige Noven. Selbst wenn diese Vorbringen zu berücksichtigen wären, so vermögen diese pauschalen Behauptungen eine treuwidrige Kündigung nicht zu begründen. Mangels eines erkennbaren Zusammenhanges mit dem Aussprechen der Kündigung ergibt sich auch aus

dem Vorbringen des Mieters, wonach ihm anlässlich der Verhandlung vom 16. September 2016 (recte wohl: 3. November 2016) verwehrt worden sei, den gesamten offenen Mietzins zu hinterlegen (act. 22 S. 4 oben), keine Treuwidrigkeit.

3.3. Aufgrund der gültigen Auflösung des Mietverhältnisses per 30. April 2016 und der verzögerten Rückgabe der Mietsache verpflichtete die Vorinstanz den Mieter in Gutheissung der Widerklage, der Vermieterin für die Zeit ab dem 1. Mai 2016 bis zur vollständigen Räumung der Mietsache monatlich Fr. 2'370.– zu bezahlen (vgl. act. 22 S. 9 f. und Dispositiv-Ziffer 3). Der Mieter bestreitet nicht, das Mietobjekt seit der Kündigung ohne entsprechende Entschädigung weiterhin benutzt zu haben. Die Höhe der Entschädigung beanstandet der Mieter ebenfalls nicht. Er wendet dagegen einzig ein, dass diese Schadenersatzpflicht eine unverhältnismässige Härte darstelle und aufgrund der in Aussicht gestellten Vergleichsvereinbarung aufzuheben sei (vgl. act. 23 S. 5 Rz 9). Inwiefern von der Leistung einer Entschädigung für den weiteren Verbleib im Mietobjekt abgesehen werden soll, vermag der Mieter mit seinen nicht substantiierten Vorbringen nicht ansatzweise zu begründen. Auf die Berufung ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

3.4. Die Zahlungsverzugskündigung ist – wie von der Vorinstanz dargetan – gültig und nicht treuwidrig. Dies schliesst eine Erstreckung des Mietverhältnisses aus (Art. 272 Abs. 1 lit. a OR), weshalb eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Vorbringen des Mieters (vgl. insb. act. 23 S. 4 f. Rz 7+8) unterbleiben kann. Da sich der Mieter trotz gültiger Auflösung des Mietverhältnisses per Ende April 2016 nach wie vor im Mietobjekt aufhält, hat er der Vermieterin die von der Vorinstanz festgesetzte Nutzungsentschädigung zu bezahlen. Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Daran vermögen auch die vom Mieter vorgebrachten Umstände (Gesundheit seines Vaters, schlechte finanzielle Lage, persönliche Konsequenzen der Kündigung, vgl. act. 23 S. 3 Rz 5, S. 4 Rz 7+8) nichts zu ändern.

4.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem unterliegenden Mieter aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Mieter hat hinsichtlich der Festlegung des Streitwertes sowie der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Umtriebsentschädigung durch die Vorinstanz nichts vorgebracht, weshalb der angefochtene Entscheid diesbezüglich zu bestätigen ist. Ausgehend von einem Fr. 85'000.– übersteigenden Streitwert (vgl. BGE 137 III 389 = Pra 101 (102) Nr. 6) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren gestützt auf § 4 Abs. 1 und Abs. 2, § 7 lit. a sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen und dem Mieter aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Mieter nicht, weil er unterliegt, der Vermieterin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 3. November 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 23, sowie an das Mietgericht Zürich 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 übersteigt Fr. 15'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. O. Canal

versandt am:
10. Februar 2017