

## **ZMP 2021 Nr. 16**

**Art. 257f OR; Art. 257h Abs. 2 OR; Art. 271 f. OR; Art. 273 OR; Art. 272a Abs. 1 lit. b OR; Art. 52 ZPO; Art. 202 ZPO. Beharrliche Verweigerung des Zutrittsrechts als Grund für einen Erstreckungsausschluss bei einer ordentlichen Kündigung. Auslegung des Kündigungsschutzgesuchs nach Treu und Glauben.**

*Kreuzt eine nicht anwaltlich vertretene Partei auf dem Formular für eine Kündigungsschutzklage nur den Antrag auf Erstreckung des Mietverhältnisses an, verlangt dabei aber eine unbefristete Erstreckung und bestreitet an anderer Stelle den angegebenen Kündigungsgrund, so ist das nach Treu und Glauben auch als Begehren um Kündigungsschutz gemäss Art. 271 f. OR auszulegen (E. III.1.3).*

*Die beharrliche Verweigerung des Zutritts zur Mietwohnung zu Unterhaltungszwecken stellt eine schwere Pflichtverletzung nach Art. 257f Abs. 3 OR dar und kann eine ausserordentliche Kündigung nach sich ziehen. Greift der Vermieter dennoch zu einer ordentlichen Kündigung, so bringt er damit für gewöhnlich zum Ausdruck, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses für ihn nicht unzumutbar ist, so dass trotz Art. 272a Abs. 1 lit. b OR grundsätzlich eine Erstreckung infrage kommt. Eine solche Annahme verbietet sich jedoch, wenn das vertragswidrige Verhalten der Mieterin bis zum Erstreckungsentscheid andauert (E. III.2).*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** Zürich MJ210062-L vom 6. Dezember 2021 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Bauert; Gerichtsschreiber Nutt):

«(...)

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

#### **1. Sachverhalt**

1.1. Mit Mietvertrag vom 5. Januar 2010 mietete die Klägerin vom Beklagten per 16. Januar 2010 eine 1-Zimmer-Wohnung an der N.-strasse x in Zürich zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 942.– (inkl. Nebenkosten). Die Parteien vereinbarten ausserdem, dass das Mietverhältnis jeweils auf Ende März und September unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist gekündigt werden könne.

1.2. Mit amtlichem Formular vom 28. Juni 2021 kündigte der Beklagte den Mietvertrag auf Ende September 2021 mit der Begründung, die Klägerin habe ihre Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme gemäss Art. 257f Abs. 1 OR verletzt. Im dazugehörigen Begleitschreiben führte er aus, dass sich verschiedene Nachbarn über starke Geruchsemissionen aus der Wohnung der Klägerin beschwert hätten und die Klägerin trotz wiederholter Aufforderung die Besichtigung ihrer Wohnung verweigert habe.

1.3. Wie aus der Klage vom 28. September 2021 hervorgeht und die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. November 2021 bestätigte, verlangt sie, dass die Kündigung für ungültig erklärt und eventualiter das Mietverhältnis längstmöglich erstreckt wird. Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

## 2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 19. Juli 2021 (Poststempel) machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 17. August 2021 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Mit Beschluss gleichen Datums unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag, welcher von der Klägerin innert Frist abgelehnt wurde. Daraufhin wurde der Klägerin mit Beschluss vom 7. September 2021 die Klagebewilligung erteilt, welche ihr am 10. September 2021 zugestellt wurde.

2.2. Mit Eingabe vom 28. September 2021 (Poststempel) reichte die Klägerin fristgerecht die vorliegende, unbegründete Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren beim hiesigen Gericht ein. Mit Zirkulationsbeschluss vom 30. September 2021 wurde dem Beklagten das Doppel der Klage samt Beilagen zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses im Umfang von Fr. 3'260.– angesetzt. Zudem wurde die Prozessleitung an den Mietgerichtspräsidenten delegiert. Die Klägerin stellte daraufhin mit Eingabe vom 6. Oktober 2021 (Poststempel) ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 wurde deshalb einstweilen auf die Er-

hebung des Kostenvorschusses verzichtet unter dem Hinweis, dass der Entscheidung über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von der Ergänzung des Gesuchs bzw. dem Resultat der Anhörung der Parteien abhängig gemacht werde. Am 14. Oktober 2021 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 18. November 2021 vorgeladen.

2.3. Nach Durchführung der Hauptverhandlung erweist sich das Verfahren als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## **II. Prozessuales**

### *1. Zuständigkeit und Verfahrensart*

Das Mietgericht Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Klage aus einem Mietverhältnis über eine im Bezirk gelegene Wohnung und liegt der Streitwert über Fr 30'000.– (Art. 33 ZPO; § 21 und 26 GOG). Für Prozesse betreffend Kündigungsschutz und Erstreckung des Mietverhältnisses gilt ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).

### *2. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege*

Wie bereits erwähnt stellte die Klägerin mit Schreiben vom 6. Oktober 2021 (Poststempel) ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erweist sich der Standpunkt der Klägerin als aussichtslos. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist somit abzuweisen.

### *3. Klageänderung*

3.1. Das Rechtsbegehren in der Klageschrift hat grundsätzlich dem in der Klagebewilligung festgelegten Rechtsbegehren zu entsprechen. Es kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 227 ZPO abgeändert werden, namentlich wenn der neue Anspruch in der gleichen Verfahrensart zu behandeln ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die

Gegenpartei der Klageänderung zustimmt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_588/2015 vom 9. Februar 2016 E. 4.3.1; DIKE-Komm. ZPO-EGLI, Art. 209 N 5).

3.2. Während die von der Schlichtungsbehörde ausgestellte Klagebewilligung einzig das Rechtsbegehren auf Erstreckung des Mietverhältnisses enthält, verlangt die Klägerin in der Klage vom 28. September 2021 sinngemäss auch, dass die Kündigung für ungültig zu erklären sei. Damit liegt eine Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO vor. Sowohl für das ursprüngliche Rechtsbegehren gemäss Klagebewilligung, die Erstreckung des Mietverhältnisses, als auch für das neue Rechtsbegehren, die Anfechtung der Kündigung, ist gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO das vereinfachte Verfahren anwendbar und das Mietgericht des Bezirks Zürich zuständig. Beide Ansprüche beruhen zudem auf denselben Mietverhältnissen bzw. deren Kündigung. Die Voraussetzungen der Klageänderung gemäss Art. 227 ZPO sind daher erfüllt und auf die Klage ist einzutreten.

### **III. Materielles**

#### *1. Form und Frist der Kündigung. Nur Erstreckungsbegehren oder auch Kündigungsanfechtung?*

1.1. Gemäss Art. 273 Abs. 1 OR muss das Begehren um Anfechtung der Kündigung innert 30 Tagen nach Empfang der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde eingereicht werden. Es handelt sich dabei um eine materielle Verwirkungsfrist, welche weder verlängert noch wiederhergestellt werden kann (SVIT-Komm.-POLIVKA, Art. 273 OR N 14; Mietrecht für die Praxis/THANEI, S. 813; ZK-HIGI, Art. 273 OR N 43; BSK OR I-WEBER, Art. 273 N 3). Da die Verwirkungsfolge gestützt auf das Obligationenrecht von Bundesrechts wegen eintritt, gilt sie in jedem Fall, trotz der formellen Möglichkeit einer Klageerweiterung oder Klageänderung gemäss Art. 227 ZPO (SVIT-Komm.-BISANG/KOUMBARAKIS, Schlichtungsverfahren und gerichtliches Verfahren in Mietsachen N 315). Ist die Frist verwirkt, so ist das Begehren durch Entscheid abzuweisen, weil der Anfechtungsanspruch definitiv untergegangen ist (SVIT-Komm.-POLIVKA, Art. 273 OR N 14; vgl. zum Ganzen ZMP 2020 Nr. 2 E. II/2.6.).

1.2. Die Kündigung vom 28. Juni 2021 per 30. September 2021 erfolgte auf dem amtlichen Formular und wurde von der den Beklagten vertretenden Liegenschaftsverwaltung B. AG unterzeichnet. Zwar wurde zur Begründung Art. 257f OR angerufen, wie der Beklagte aber korrekt ausführen liess, nur dessen Abs. 1 und nicht etwa die Kündigungsbestimmung in Abs. 3. Nach Treu und Glauben konnte die Erklärung damit nur als ordentliche Kündigung verstanden werden, so dass die Aufhebung einer rechtzeitigen Anfechtung innert der materiellen Verwirklichungsfrist gemäss Art. 273 Abs. 1 OR bedurfte.

1.3. Auch eine Klage als solche ist aber nach Treu und Glauben auszulegen. Innert Frist reichte die Klägerin am 19. Juli 2021 das als «Kündigungsschutzbegehren» betitelte Formular bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein. Sie kreuzte dabei zwar lediglich das für den Antrag auf Erstreckung des Mietverhältnisses vorgesehene Feld an und unterliess es, auch jenes für den Antrag auf Ungültigerklärung der Kündigung anzukreuzen. Die Angaben zum Mietverhältnis ergänzte sie allerdings mit dem Hinweis, dass sie die Kündigung nicht akzeptiere und mit der Begründung der Kündigung nicht einverstanden sei. Sie vermerkte ausserdem, dass das Mietverhältnis erstreckt werden soll, bis sie eine neue Wohnung habe. Eine unbefristete Erstreckung sieht das Gesetz nicht vor (Art. 272b OR). Entsprechend ist es auch unzulässig, die Erstreckung von einem ungewissen Ereignis abhängig zu machen, wie dies die Klägerin tut, indem sie eine Erstreckung bis zum Zeitpunkt verlangt, in welchem sie eine andere Wohnung gefunden hat (vgl. BGE 135 III 121 E. 4 = Pra 2009 Nr. 88). Hat die Klägerin dennoch ein solches Begehren gestellt, ist deshalb davon auszugehen, dass die Klägerin als Laie das Kündigungsschutzformular verwendete, damit ihr grösstmöglicher Kündigungsschutz gewährt und auch die Kündigung auf ihre Gültigkeit überprüft wird. In der Klagebewilligung vom 7. September 2021 wurde der Streitgegenstand daher zu unrecht auf die Erstreckung des Mietverhältnisses beschränkt. Dies rechtfertigt jedoch keine Rückweisung an die Schlichtungsbehörde, die einen Einigungsversuch unternommen und der Klägerin eine Klagebewilligung ausgestellt hat, nachdem der Urteilsvorschlag vom 17. August 2021 fristgerecht abgelehnt worden war. Dass das Rechtsbegehren einschränkend interpretiert und damit unvollständig wiedergegeben wurde, ändert an der Gültigkeit der Klagebewilligung nichts.

## 2. *Materielle Behandlung der Klage*

2.1. Nach Art. 271 OR ist die Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Art. 271a OR zählt dabei besondere Fälle ungültiger Kündigungen auf. Gemäss Art. 272 Abs. 1 und Art. 272b Abs. 1 OR kann die Mieterin die Erstreckung des Mietverhältnisses für Wohnräume um höchstens vier Jahre verlangen, wenn die Beendigung der Miete für sie oder für ihre Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wären. Das Gericht entscheidet über das Begehren nach Ermessen (Art. 4 ZGB), d.h. unter Berücksichtigung aller Umstände, namentlich des Vertragsinhaltes und der Umstände des Vertragsschlusses, der Dauer des Mietverhältnisses, der persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und deren Verhalten sowie der Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume (Art. 272 Abs. 2 OR; BGE 136 III 190 E. 6; 135 III 121 E. 2; 125 III 226 E. 4b). Der Zweck der Erstreckungsbestimmungen ist, die Folgen der Vertragsauflösung für die Mietpartei zu mildern, indem ihr mehr Zeit für die mit der Auflösung des Mietverhältnisses erforderliche Neuorientierung gelassen wird (BGE 142 III 336 E. 5.3.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_477/2016 v. 27.9.2016 E. 3.2).

Ausgeschlossen ist eine Erstreckung, wenn ein qualifizierter Kündigungsgrund nach Art. 272a Abs. 1 OR vorliegt. Nach lit. b des besagten Artikels ist dies unter anderem bei der Kündigung wegen schwerer Verletzung der Pflicht der Mieterin zu Sorgfalt und Rücksichtnahme i.S.v. Art. 257f Abs. 3 und 4 OR der Fall. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein solcher Ausschlussgrund allerdings nicht nur auf Fälle beschränkt, in welchen der Vermieter auch tatsächlich eine ausserordentliche Kündigung ausspricht. Der Erstreckungsausschluss kommt vielmehr auch zugunsten desjenigen Vermieters zum Tragen, der nicht von seinem Recht zur vorzeitigen Vertragsauflösung Gebrauch gemacht, sondern aus Nachsicht oder im Bestreben, Auseinandersetzungen und leerstehende Wohnungen zu vermeiden, erst auf den nächsten ordentlichen Termin hin gekündigt hat (analog BGE 117 II 415 E. 4, wo sich das Bundesgericht mit dem Erstreckungsausschluss wegen Zahlungsrückstands des Mieters zu befassen hatte). Dass der Vermieter in solchen Fällen zu einer ordentlichen Kündigung greift,

kann allerdings bei einer Kündigung wegen schwerer Pflichtverletzung ein Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR bilden. Mit einer solchen Annahme ist aber Zurückhaltung am Platz, soweit der Grund fortbesteht, der zur Kündigung geführt hat.

2.2. Vor diesem Hintergrund bringt der Beklagte zu Recht vor, dass im vorliegenden Fall eine Erstreckung ausgeschlossen ist. Er hat zwar unbestrittenermassen keine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 oder 4 OR ausgesprochen, sondern das Mietverhältnis (...) ordentlich mit einer Frist von drei Monaten auf einen ordentlichen Termin gekündigt. Das Verhalten der Klägerin hätte jedoch ohne weiteres auch eine ausserordentliche Kündigung gerechtfertigt. So hat sie die Besichtigung der Wohnung trotz mehrmaliger schriftlicher Aufforderungen durch die Liegenschaftsverwalterin ohne sachlichen Grund verweigert und damit ihre Duldungspflicht gemäss Art. 257h Abs. 2 OR verletzt. Auch an der Hauptverhandlung vom 18. November 2021 wollte sie trotz Hinweises auf die Rechtslage von diesem Standpunkt nicht abweichen. Die Liegenschaftsverwalterin hat die Klägerin bereits am 9. April 2021 ein erstes Mal darüber in Kenntnis gesetzt, dass sie die Wohnung besichtigen wolle und dafür einen Termin am 22. April 2021 vorgeschlagen. Mit Schreiben vom 13. April 2021 hat die Klägerin geantwortet, dass ihre Wohnung zu klein sei für eine Besichtigung und ihr gesundheitlicher Zustand eine solche ohnehin verunmögliche. Die Liegenschaftsverwalterin hat daraufhin mit weiteren Schreiben vom 15. und 23. April sowie 6. Mai 2021 vergeblich versucht, sowohl am anberaumten Termin festzuhalten als auch eine Bestätigung für den neu vorgeschlagenen Besichtigungstermin vom 10. Mai 2021 zu erhalten. Obwohl sie die Klägerin explizit darauf hinwies, dass die Besichtigung für den Unterhalt der Wohnung notwendig sei und von den Nachbarn starke Geruchsemissionen aus der Wohnung wahrgenommen würden, wehrt sich die Klägerin bis heute gegen eine Besichtigung, und zwar obwohl sie selber einräumt, von einem Nachbarn zur Reinigung ihrer Wohnung aufgefordert worden zu sein. Selbst das Angebot der für sie zuständigen Sozialarbeiterin C., bei der Wohnungsbesichtigung dabei zu sein, hat die Klägerin abgelehnt. Da es

zu einer Besichtigung bis heute nicht gekommen ist, befürchtet der Beklagte verständlicherweise, dass die Bausubstanz Schaden nehmen oder Ungezieferbefall drohen könnte.

2.3. Nach dem Gesagten wird klar, dass die Klägerin ihre Duldungspflicht gemäss Art. 257h Abs. 2 OR – wonach die Mieterin dem Vermieter gestatten muss, die Wohnung zu besichtigen, soweit dies unter anderem für den Unterhalt notwendig ist – verletzt hat. Eine solche – trotz diverser schriftlicher Mahnungen – andauernde Pflichtverletzung rechtfertigt eine ausserordentliche Kündigung, sofern die Fortsetzung des Mietverhältnisses dem Vermieter oder den Hausbewohnern nicht mehr zuzumuten ist. So hat auch schon das Bundesgericht eine ausserordentliche Kündigung geschützt, welche mit der beharrlichen Verweigerung einer Wohnungsbesichtigung begründet worden war (Urteil des Bundesgerichts 4A\_470/2015 vom 12. Januar 2016).

Soweit sich die Klägerin auf den Standpunkt stellt, nicht lesen zu können und die zahlreichen Schreiben der Liegenschaftsverwalterin nicht verstanden zu haben, ist ihr zu entgegen, dass sie auf mehreren der erwähnten Schreiben schriftlich festhielt, dass ihr der jeweils vorgeschlagene Besichtigungstermin nicht passe. Zudem verfasste sie am 13. und 25. April 2021 zwei längere Antwortschreiben, worin sie mitunter auf die Ausführungen der Liegenschaftsverwalterin Bezug nahm und diese somit zumindest im Kern gelesen und verstanden haben muss. Der Klägerin war also bewusst, dass die Liegenschaftsverwalterin eine Wohnungsbesichtigung vornehmen wollte. Ihr nicht nachvollziehbares Verhalten bestärkt sodann den Verdacht des Beklagten, dass die Wohnung Schaden nehmen könnte, und verdeutlicht, dass dem Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses allein schon wegen der verweigerten Besichtigung unzumutbar ist. Abgesehen davon bildet das Verhalten der Klägerin auch ein Indiz zumindest dafür, dass die Geruchsemissionen aus ihrer Wohnung kommen. Da die Weigerung der Klägerin bis heute anhält, stellt die Entscheidung des Beklagten, anstatt einer ausserordentlichen eine ordentliche Kündigung auszusprechen, im konkreten Fall kein Indiz gegen die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses dar.

2.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte durchaus auch eine ausserordentliche Kündigung hätte aussprechen dürfen. Die ordentliche Kündigung vom 28. Juni 2021 per 30. September 2021 erweist sich daher als gültig. Da ein ausserordentlicher Kündigungsgrund im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR vorliegt, ist auch eine Erstreckung nach Art. 272a Abs. 1 OR ausgeschlossen. Die Prüfung allfälliger Härtegründe auf Seiten der Klägerin erübrigt sich somit. Die Klage ist abzuweisen.

### 3. *Auszug*

Der Beklagte hat bewusst (noch) kein Ausweisungsbegehren gestellt, da er nach seinen Angaben Erfahrung mit den Problemen der Vermietung an Sozialhilfebezüger hat und ihm klar ist, dass das Sozialamt in eine Lösung einbezogen werden muss. Eine Verpflichtung der Klägerin zur Rückgabe der Sache erübrigt sich daher im vorliegenden Verfahren. Implizit ergibt sie sich selbstverständlich aus dem vorliegenden Entscheid in der Sache dennoch, denn der Anspruch der Mieterin auf Kündigungsschutz und derjenige des Vermieters auf Ausweisung bilden im Falle einer Anfechtung der Kündigung die beiden Seiten derselben Medaille (BGE 142 III 402 E. 2.5.4 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 690 E. 3.1 = Pra 2017 Nr. 95; BGE 144 III 346 E. 1.2.2.1). Zur Durchsetzung kann der Beklagte nötigenfalls ein entsprechendes Verfahren einleiten.

(...))»

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2021, 31. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident