

# **SO\_GERICHTE ZKREK.2004.338 vom 1. Dezember 2004**

SO Obergericht, 2004-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKREK.2004.338](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKREK.2004.338)

FR: SO\_GERICHTE ZKREK.2004.338 du 1 décembre 2004

IT: SO\_GERICHTE ZKREK.2004.338 del 1 dicembre 2004

## **Regeste**

Ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Falls der Mieter im massgeblichen Zeitraum davon ausgehen muss, dass sein Zahlungsrückstand nicht vollständig ausgeglichen ist, stellt eine Mahnung mit Kündigungsandrohung eine genügende Grundlage für eine nachfolgende Kündigung dar. Wenn aber Zweifel über die Höhe des Zahlungsrückstandes bestehen, wirken sich diese zu Ungunsten des Vermieters aus.

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Der Gesuchsgegner bringt vor, die ausserordentliche Kündigung sei unwirksam, weil die formellen Voraussetzungen im Sinne von Art. 257d OR (Obligationenrecht, SR 220) nicht erfüllt seien. Die Mahnung und Kündigungsandrohung beziehe sich in ihrem Titel lediglich auf den Mietvertrag über das Ladenlokal mit den Nebenräumen, nicht aber auf die weiteren Verträge über die vier Parkplätze, deren Mietzinse ebenfalls in den gemahnten Ausstand eingerechnet worden seien. Ein Einbezug mehrerer verschiedener Verträge in ein Mahnschreiben sei praxisgemäss ohnehin ausgeschlossen, zumal nicht alle Mietverträge Wohn- und Geschäftsräume zum Gegenstand hätten. Überdies sei der gesamte monatliche Mietzins von Fr. 1'690.-- überhöht und falsch. Rechne man nur den Mietzins und die Nebenkosten des eigentlichen Geschäftsmietvertrages, ergebe sich per 17.6.2004 nur ein minimaler Ausstand von Fr. 150.--. Auch die Dauer des Mietzinsausstandes sei falsch bezeichnet. Ein Teil des Februarmietzinses sei selbst bei Annahme eines Mietzinses von Fr. 1'570.-- durch die Zahlung von Fr. 5'000.-- vom 21.11.2003 im Umfang von Fr. 290.-- bereits getilgt. Schliesslich sei im Mahnschreiben noch ein Mahnbetrag von Fr. 20.-- aufgenommen worden.

### **E. 4**

a) Der Gesuchsgegner beruft sich in seinen rechtlichen Ausführungen vorab auf Felix Rajower (Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern, in: AJP 1998, S. 797 ff.). Dieser schlägt für die Lösung von Einzelfällen vor, vom Grundgedanken auszugehen, dass derjenige, der von einem gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsrecht Gebrauch mache, die betreffenden formellen und materiellen Voraussetzungen genau zu beachten habe. Fehler in der Ausübung von Gestaltungsrechten gingen grundsätzlich stets zu Lasten des Rechtsträgers, was eigentlich auch für den Vermieter im Zusammenhang mit der Vornahme einer ausserordentlichen Kündigung gelten müsse (a.a.O., S. 805). Zur Voraussetzung einer korrekten Mahnung mit Zahlungsfristansetzung und Kündigungsandrohung führt Felix Rajower weiter aus, das Schreiben müsse für den Mieter klar und verständlich abgefasst sein. Der Zahlungsrückstand müsse ziffernmässig bestimmt oder wenigstens einwandfrei bestimmbar sein, etwa durch Angabe des unbezahlt gebliebenen Monats. Die rigorosen Verzugsfolgen erforderten es, dass der Mieter sich über die Pflicht zur Zahlung des

geforderten Betrages im Klaren sein müsse. Dieser Grundsatz gebiete es dem Vermieter auch, in seiner Zahlungsaufforderung die ausstehenden Betreffnisse der Höhe nach korrekt anzugeben. Ungenauigkeiten oder falsche Angaben in der Abrechnung gingen zu Lasten des Vermieters und könnten eine Kündigungsandrohung sowie die nachfolgende Kündigung ungültig machen bzw. auf das in der Androhung Enthaltene beschränken. Davon unberührt blieben freilich geringfügige Rechnungsfehler. Soweit Zahlungsrückstände in die Mahnung einbezogen seien, die für sich allein betrachtet ein Vorgehen nach Art. 257d OR nicht erlauben würden, so machten diese die Mahnung und Kündigungsandrohung nicht zum vornherein ungültig, jedenfalls soweit die einzelnen Positionen klar spezifiziert seien, so dass für den Mieter erkennbar sei, welche ausstehenden Beträge er zu bezahlen habe, um eine Kündigung abzuwenden (a.a.O., S. 807). Das Urteil, auf welches er in seinen Ausführungen hinweist (mp 1994, S. 21 ff.), ist indessen nicht einschlägig. Dort hatte der Mieter innert der 30-tägigen Nachfrist versehentlich einen zwar ebenfalls fälligen, aber noch nicht den in Verzug gesetzten Mietzins anstelle des früher fällig gewordenen bezahlt. Zu Gunsten des Mieters wurde ein Erklärungsirrtum angenommen.

b) Lachat, Stoll und Brunner (Mietrecht für die Praxis, Zürich 1999, S. 202), welche vom Gesuchsgegner ebenfalls angerufen werden, verlangen ebenfalls eine eindeutige und klare Angabe des Zahlungsrückstandes. Darüber hinaus machen sie lediglich eine über diesen Grundsatz hinausgehende Erläuterung, welche sich jedoch auf eine bloss Wiedergabe einer Aussage von Felix Rajower beschränkt (a.a.O., Fn 50).

c) Auch im SVIT-Kommentar wird gefordert, der Vermieter habe den von ihm reklamierten Ausstand betragsmässig genau und richtig zu bestimmen (Schweizerisches Mietrecht, Zürich 1998, N 26 zu Art. 257d OR). An anderer Stelle wird diese Aussage jedoch stark relativiert. So soll die Kündigung unter Hinweis auf BGE 120 II 34 bloss anfechtbar sein, wenn der Vermieter einen zu hohen Betrag abmahnt. In jenem Fall hatte die Vermieterin die Mieterin mit der Mahnung und Kündigungsandrohung aufgefordert, innert 30 Tagen die gemahnte Schuld zu begleichen oder allfällige Bemerkungen zu formulieren. Die Mieterin bestritt einen Teilbetrag von Fr. 286.-- der gemahnten Schuld. Das Bundesgericht betrachtete die Kündigungsandrohung als bedingt und folgerte, die Vermieterin verstosse gegen Treu und Glauben, wenn sie ihrer Mieterin die Kündigung wegen Nichtbezahlung fälliger Mietzinse androht, bevor sie die Gewissheit erlangt, dass diese den geforderten Betrag schuldet. Nach einem weiteren im SVIT-Kommentar zitierten Entscheid riskiert der nicht zahlende Mieter sogar dann die Ausweisung, wenn der Vermieter einen zu hohen Betrag mahnt und der wirklich ausstehende Betrag trotzdem nicht unbedeutend ist (a.a.O., N 43 mit Hinweis auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9.6.1993).

d) In einem Urteil des Kantonsgerichts Waadt wurde eine Ausweisung verweigert, weil der Mieter aufgrund der gewählten Formulierung nicht klar erkennen konnte, innert welcher Frist die rückständigen Mietzinse zu bezahlen waren (mp 1997, S. 37 ff.).

## **E. 5**

a) Vorliegend wird in der Mahnung und Kündigungsandrohung vom 17.5.2004 im Titel lediglich die Ladenmiete bzw. Ladenfläche im EG ausdrücklich erwähnt. Das monatliche Betreffnis lässt sich jedoch präzise aus den vier rückständigen Monaten ermitteln, welche genau bezeichnet werden. Abschliessend wird der monatliche Mietzins von Fr. 1'690.-- mit dem Hinweis auf den Junizins gar explizit genannt. Als Grundlage der Forderung wird nicht

bloss ein Mietvertrag, sondern zusätzlich auch eine Vereinbarung genannt. Nachdem für das Ladenlokal mit den Nebenräumen ein Bruttomietzins von Fr. 1'450.-- vereinbart worden war, muss es für den Gesuchsgegner klar erkennbar gewesen sein, dass der abgemahnte Monatsmietzins auch die mit der Vermietung des Ladenlokals zusammenhängenden Parkplätze mit umfasst. In seiner späteren Kündigungsanfechtung bei der Mietschlichtungsstelle vom 9.7.2004 spricht der Gesuchsgegner im Übrigen selbst von einem einzigen Mietvertrag. Dieser sei in Bezug auf den Kellerraum, welcher zum Ladenlokal gehört, und die Aussenparkplätze nicht vollumfänglich erfüllt worden. Daraus erhellt, dass der Gesuchsgegner die Vertragsbeziehungen zur Vermieterschaft als Einheit empfunden hat, obwohl verschiedene schriftliche Verträge abgeschlossen worden waren.

b) Weiter behauptet die Vermieterin, sie habe für die zusätzlich vermieteten Parkplätze einen monatlichen Zins von Fr. 240.-- abgemahnt, weil sich die Parteien gegenüber den schriftlichen Verträgen mündlich auf diesen Betrag geeinigt hätten. Die Vermieterin hat sich entsprechend verhalten: Das Retentionsverzeichnis vom 24.5.2004 und das daran anschliessende Betreibungsbegehren stützen sich auf einen Monatsmietzins für sämtliche Mietobjekte von insgesamt Fr. 1'690.--, ebenso die Debitorenaufstellung, welche zwar die Gesuchstellerin selbst errichtete, jedoch schon am 4.7.2004 und damit lange bevor die Höhe der gesamten monatlichen Mietzinse umstritten war. Auch die Mahnung der Junimietzinse vom 4.6.2004 nennt wiederum einen Betrag von Fr. 1'690.--. Angesichts dieses konsequenten Verhaltens der Gesuchstellerin erscheint die behauptete mündliche Vereinbarung durchaus als denkbar. Auch ihre Begründung, weshalb sie in ihrem Exmissionsgesuch nur von einem Gesamtmietzins von Fr. 1'570.-- ausgeht, nämlich weil sie die höhere Forderung, da nicht verurkundet, nur als schwer durchsetzbar erachtet, ist nachvollziehbar. Da die Gesuchstellerin jedoch selbst nur noch mit einem Gesamtmietzins von Fr. 1'570.-- argumentiert, ist im Folgenden auf diesen Betrag abzustellen. In diesem Umfang war der in der Mahnung und Kündigungsandrohung als Zahlungsausstand angegebene Betrag somit zu hoch. Hinzu kommt, dass mit der ersten Zahlung von Fr. 5'000.-- vom 21.11.2003 nicht nur die Monate November, Dezember und Januar beglichen wurden, sondern noch ein Restbetrag von Fr. 290.-- ( $3 \times 1'570.-- = 4'710.--$ ) blieb, welcher an die Februarzinse anzurechnen war. Überdies führt die Mahnung und Kündigungsandrohung einen Mahnbetrag von Fr. 20.-- auf, welcher nicht zu einem Vorgehen nach Art. 257d OR rechtfertigt. Als die Zahlungsaufforderung und Kündigungsandrohung erging, betrug der Zahlungsrückstand daher nicht wie darin abgemahnt Fr. 6'780.--, sondern effektiv bloss Fr. 5'990.-- und war damit um Fr. 790.-- zu hoch beziffert. Andererseits blieb über den Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist hinaus ein effektiver Ausstand von Fr. 990.-- bestehen, nachdem der Gesuchsgegner am 7.6.2004 nochmals Fr. 5'000.-- bezahlt hatte.

c) Die Mahnung und Kündigungsandrohung gab somit einen zu hohen Zahlungsrückstand an und bezeichnete in Bezug auf den Mietzins für die Parkplätze auch den Grund des Rückstandes nicht genau. Trotzdem hat der Gesuchsgegner nie ■ auch nicht in seinem Rekurs ■ geltend gemacht, er habe nicht gewusst, welchen Betrag er zur Abwendung der Kündigung habe leisten müssen. Da die Verhältnisse nach der einzigen Zahlung von Fr. 5'000.-- im November 2003 noch völlig übersichtlich waren, wäre die einfache Berechnung des effektiven Zahlungsrückstandes gemäss den Mietverträgen, in deren Besitz er ja war, ohne weiteres möglich gewesen. Dies gilt um so mehr, als die Monate, für welche der Ausstand reklamiert wurde, in der Mahnung und Kündigungsandrohung angegeben waren.

Bis zur Rekurerhebung hat der Gesuchsgegner denn auch nie behauptet, mit der Zahlung von Fr. 5'000.-- vom 7.6.2004 seien die gesamten vertraglichen Mietzinsausstände getilgt worden.

d) Der Gesuchsgegner hat hingegen in der Kündigungsanfechtung bei der Mietschlichtungsstelle vom 9.7.2004 die nicht gehörige Erfüllung des Mietvertrages durch die Vermieterin beanstandet, da diese ihm nicht alle im Mietvertrag deklarierten Objekte vollumfänglich für die ausschliessliche Nutzung zur Verfügung gestellt habe. Wie bereits erwähnt, betrifft dieser Sachverhalt nach den eigenen Ausführungen des Gesuchsgegners den Kellerraum und die Aussenparkplätze. Aus diesem Grund will er denn auch einen Abzug gemacht haben, weshalb er das Vorliegen eines effektiven Zahlungsausstandes bestritt. Weshalb und in welchem Umfang ihm die fraglichen Mietobjekte nicht vertragsgemäss zur Verfügung gestanden sind, hat der Gesuchsgegner indessen weder vor dem Gerichtspräsidenten noch im Rekursverfahren näher substantiiert. Insbesondere liegt nichts vor, was darauf hinweisen würde, der Gesuchsgegner habe die Vermieterin je einmal auf einen Mangel hingewiesen und dessen Beseitigung verlangt (Art. 259a und 259g OR). Ebenfalls ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesuchsgegner bloss einen Mietzinsabzug gemacht haben will, anstatt den gesamten Mietzins zu hinterlegen, was ihn allein von seinen Verpflichtungen hätte befreien können (259g Abs. 2 OR) und überdies das bedeutend wirksamere Druckmittel gewesen wäre. Darüber hinaus hatte der Gesuchsgegner bis zu jenem Zeitpunkt im Jahr 2004 ohnehin bloss eine Zahlung geleistet, nämlich diejenige vom 7.6.2004 nach dem Zugang der Mahnung und Kündigungsandrohung. Die Gründe für die Kündigungsanfechtung sind somit konstruiert. In seiner Stellungnahme zum Exmissionsgesuch begründete der Gesuchsgegner die Kündigungsanfechtung auch gar nicht mehr weiter und bestritt auch gar nicht mehr, mit der Zahlung der Mietzinsen im Rückstand gewesen zu sein, sondern trug im Gegenteil unter Hinweis auf zwei Zahlungsbelege vom 31.8.2004 und vom 14.9.2004 vor, die ausstehenden Mieten seien in der Zwischenzeit bezahlt worden. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Gesuchsgegner vor dem Ablauf der Zahlungsfrist, die ihm mit der Mahnung und Kündigungsandrohung gesetzt worden war, nicht davon ausgehen konnte und effektiv auch nicht davon ausgegangen ist, dass er die abgemahnten Zahlungsrückstände der Monate Februar bis Mai 2004 vollständig beglichen hat.

## **E. 6**

a) Es fragt sich somit, ob die Mahnung und Kündigungsandrohung nach den gesamten Umständen des vorliegenden Falles eine genügende Grundlage für die nachfolgend ausgesprochene Kündigung abgab. Massgebend dafür ist nach Lehre und Rechtsprechung, dass sich der Mieter über seine Pflicht und die Folgen ihrer Nichtbeachtung im Klaren gewesen sein muss. Eine gewisse Ungenauigkeit wird lediglich bezüglich der Bezifferung des Zahlungsrückstandes toleriert. Diese Ungenauigkeit darf aber im Verhältnis zum gesamten Ausstand nur geringfügig bzw. unbedeutend sein. Soweit beim Mieter Zweifel über die Höhe des Zahlungsrückstandes hervorgerufen werden, wirken sich diese zu Ungunsten des Vermieters aus.

b) Im vorliegenden Fall war der Ausstand von Fr. 5'990.-- im Zeitpunkt der Mahnung und Kündigungsandrohung erheblich. Auch der nach Ablauf der Zahlungsfrist verbleibende Zahlungsrückstand von Fr. 990.-- war keinesfalls geringfügig. Daran ändert sich selbst nach der für den Gesuchsgegner denkbar günstigsten Betrachtungsweise nichts: Der Ausstand der vier Monatsmieten für das Ladenlokal betrug Fr. 5'800.--. Davon wäre noch der

Überschuss von Fr. 290.-- aus der ersten Zahlung von Fr. 5'000.-- vom November 2003 in Abzug zu bringen, wobei die Zahlung dieser Fr. 5'000.-- nach Art. 87 Abs. 1 OR auch an die fälligen Mietzinse für die Parkplätze für die ersten drei Monate anzurechnen war. Ein nicht unbedeutender Ausstand von Fr. 510.-- bleibt selbst bei dieser Betrachtungsweise bestehen. Gerechtfertigt ist diese Betrachtungsweise indessen ohnehin nicht, da die in schriftlichen Verträgen vereinbarten Mietzinse für die Parkplätze ebenfalls als von der Mahnung und Kündigungsandrohung mit erfasst zu gelten haben. Der Vollständigkeit halber sei noch festgehalten, dass einem Einbezug der Mahnung und Kündigungsandrohung auch für die Parkplätze in einem einzigen Schreiben nichts entgegensteht, zumal dadurch ebenfalls keine Unklarheiten geschaffen wurden. Ansonsten gilt Art. 257d OR für die Auflösung aller Mietverhältnisse, namentlich auch solcher, die nicht Wohn- oder Geschäftsraum zum Gegenstand haben (Peter Higi: Die Miete, Zürcher Kommentar, Zürich 1994, N. 47 zu Art. 257d OR).

c) Entscheidend ist jedoch, dass der Gesuchsgegner im massgeblichen Zeitraum nie der Auffassung sein durfte, er habe den Zahlungsrückstand vollständig ausgeglichen. Dementsprechend hat der Gesuchsgegner nie behauptet ■ auch nicht im Rekursverfahren ■ er habe den Zahlungsrückstand deshalb nicht getilgt, weil er über den Umfang seiner Zahlungspflicht im Unklaren gewesen sei. Die Anforderungen, welche an den Inhalt der Mahnung und Kündigungsandrohung gestellt werden, bezwecken den Schutz des Mieters. Solange dieser Zweck erfüllt ist, jene diese nicht zu übertreiben und zum Selbstzweck zu erheben. Im Übrigen verlangt auch der Wortlaut des Art. 257d Abs. 1 OR nicht, dass der Zahlungsrückstand genau und richtig beziffert wird. Vielmehr ist danach bloss das Setzen einer Zahlungsfrist für den Zahlungsrückstand erforderlich. Mit der vorliegend zu beurteilenden Mahnung und Kündigungsandrohung wurde demnach die Grundlage für die Kündigung der Mietverhältnisse geschaffen. Nachdem der Gesuchsgegner den Zahlungsrückstand nicht innert der gesetzten Frist beseitigte, wurden die Mietverträge über das Ladenlokal und die Parkplätze unter Einhaltung von Frist und Termin per 31.7.2004 gekündigt.

Obergericht Zivilkammer, Urteil vom 1. Dezember 2004 (ZKREK.2004.338)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.