

ZH_OBERGERICHT LF110021 vom 16. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF110021

FR: ZH_OBERGERICHT LF110021 du 16 novembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LF110021 del 16 novembre 2011

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

E. 1.1

Möblierte Appartements Nr. 11-15, 21-25 und 31-35

E. 1.2

Gewerberaum Parterre links (ca. 90 m²)

E. 1.3

Gewerberaum Parterre rechts (ca. 50 m²)

E. 1.4

Gartensitzplatz Das Stadttammannamt F._____ wird angewiesen, diesen Befehl auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von den Berufungsbeklagten vorzuschüssen. Sie sind ihnen aber vom Berufungskläger zu ersetzen. 3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'600.– festgesetzt.

E. 2

Anwendbares Recht Die Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach dem Inkrafttreten der schweizerischen ZPO (act. 40a; vgl. Ziff. 2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 7. Juli 2010). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Für die im Rahmen der Berufung zulässige Überprüfung, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat (Art. 310 ZPO), sind hingegen nach wie vor die altrechtlichen Bestimmungen massgebend (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Rechtliches

E. 3.1

Gemäss Art. 257d Abs. 1 OR kann der Vermieter dem mit der Bezahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten in Rückstand geratenen Mieter bei Wohn- und Geschäftsräumen eine Zahlungsfrist von 30 Tagen ansetzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Bezahlte der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR).

E. 3.2

Der Berufungskläger bringt im Wesentlichen vor, die Kündigung vom 22. Dezember 2009 habe keine Gültigkeit erlangt (vgl. act. 44 S. 9 ff.; die S. 3-8 der Berufung enthalten lediglich eine Wiederholung des Sachverhalts bzw. des vorinstanzlichen Entscheids). Es ist im Folgenden auf die Vorbringen einzeln ein- zugehen.

- 4 -

E. 3.3

Der Berufungskläger bringt vor, es ergebe sich ein unauflösbarer Wider- spruch: Gemäss Aufstellung der Berufungsbeklagten im erstinstanzlichen Verfah- ren soll sich per Ende September 2009 ein Saldoausstand von Fr. 5'400.– erge- ben haben. Im Mahnschreiben vom 27. September 2009 sei jedoch ein Mietzins- ausstand von Fr. 31'200.– beanstandet worden (act. 44 S. 9). Dieser vermeintli- che Widerspruch lässt sich mit einem Blick in die Akten auflösen: Bis zum 27. September 2009 waren gemäss Aufstellung in act. 28/1 für den Monat August 2009 Fr. 3'600.– sowie für den Monat September 2009 Fr. 13'800.– ausstehend, was per Ende September einen Ausstand von Fr. 17'400.– ergab. Rechnet man den Mietzins von Fr. 13'800.– für den Monat Oktober zu diesem Betrag hinzu, so ergibt sich ein Ausstand von Fr. 31'200.–, welcher abgemahnt wurde (vgl. act. 4/3). Nach dem Mahnschreiben vom 27. September 2009, nämlich am 30. September 2009 und am 5. November 2009, gingen gemäss Aufstellung in act. 28/1 Zahlungen in der Höhe von Fr. 3'600.–, Fr. 2'400.– sowie Fr. 6'000.– ein. Zieht man diese Zahlungen vom Ausstand in der Höhe von Fr. 17'400.– bis Ende September 2009 gemäss Mahnschreiben ab, so ergibt sich der in act. 28/1 aus- gewiesene Ausstand von Fr. 5'400.– (act. 4/4 und act. 28/1). Es liegen demnach weder ein unauflösbarer Widerspruch noch widersprüchliche interne Auflistungen (act. 4/3, 4/4 und 28/1) vor, so wie dies der Berufungskläger behauptet (act. 44 S. 9 f.).

E. 3.4

a) Der Berufungskläger bringt weiter vor, dass kein oder maximal ein Ausstand von Fr. 5'400.– hätte reklamiert werden dürfen (act. 44 S. 9). Der mit dem Mahnschreiben vom 27. September 2009 angemahnte Mietzinszahlungs- rückstand von Fr. 31'200.– habe auch nicht nur annähernd bestanden (act. 44 S. 10). Aus der Zahlungsfristansetzung vom 27. September 2009 bzw. der beige- hefteten Zahlungsübersicht ergibt sich, dass die Berufungsbeklagten (vertreten durch den Verwalter G._____) nicht nur den bis dato fälligen Mietzins und die bis dato fälligen Nebenkosten abmahnten, sondern auch Mietzinsen und Nebenkos- ten für den Monat Oktober 2009 (act. 4/3). Gemäss Gesetz sind Mietzinsen und Nebenkosten am Ende jeden Monats, spätestens aber am Ende der Mietzeit zu bezahlen, wenn kein anderer Zeitpunkt vereinbart oder ortsüblich ist (Art. 257c OR). Laut Mietvertrag waren der monatliche Mietzins und die Akonto-

- 5 - Nebenkosten jeweils bis am 28. Tag des Vormonates im Voraus für den Folge- monat zu bezahlen (Ziff. A.6 und F. 3 des Mietvertrages, act. 4/2). – Weshalb die Berufungsbeklagten auf eine Fälligkeit am 25. des Monats hinwiesen (act. 4/3), entzieht sich der Kenntnis der Kammer. Aus den Akten ergibt sich keine in Abän- derung des Mietvertrags erfolgte Vereinbarung über den Zahlungstermin, welche für ihre Gültigkeit gemäss Ziff. H.12 des Vertrages hätte schriftlich verfasst wer- den müssen. – Demgemäss waren die Mietzinsen für den Monat Oktober 2009 am 27. September 2009 noch nicht fällig. Es ist allerdings zu bemerken, dass es sich beim 27. September 2009 um einen Sonntag handelte, weshalb die einge- schriebene Sendung frühestens am 28. September

2009, also am Fälligkeitstermin für den Oktobermietzins, zur Post gegeben werden konnte und der Berufungskläger diese frühestens tags darauf erhielt, als der Oktobermietzins auch bereits fällig geworden war. Die Rechtsprechung zur verfrühten Kündigung gemäss Art. 257d OR ist auch auf die Zahlungsaufforderung / Fristansetzung anzuwenden: Demgemäss ist eine Zahlungsaufforderung / Fristansetzung wirksam, wenn sie zwar vor Fälligkeit der Mietzinsen der Post übergeben wird, aber erst nach Fälligkeit in den Machtbereich des Mieters gelangt, sofern der Mieter die Mietzinsen bis dahin noch nicht bezahlt hat (vgl. BGer 4C.96/2006 vom 4. Juli 2006 = MRA 1/07 S. 24). Am 28. September 2009 bezahlte der Berufungskläger den Oktobermietzins gemäss Akten zumindest nicht vollständig (vgl. act. 12/2 und act. 25), weshalb von der Wirksamkeit der Zahlungsaufforderung / Fristansetzung auszugehen ist. b) Selbst wenn die besagte Rechtsprechung für die Zahlungsaufforderung / Fristansetzung nicht gelten sollte, wäre dieselbe trotzdem für den Zahlungsausstand bis zum Monat September 2009 wirksam und nur insoweit unwirksam, als sie die noch nicht fälligen Forderungen für den Monat Oktober 2009 beträfe (vgl. MRA 1/00 S. S. 243). Laut Auflistung der Berufungsbeklagten betrug der Zahlungsausstand am 27. September 2009 Fr. 17'400.– (Fr. 3'600.– für den Monat August 2009 und Fr. 13'800.– für den Monat September 2009; act. 4/3 und act. 28/1) (bzw. Fr. 17'500.– [inkl. Fr. 100.– seit dem Jahr 2008; act. 4/3 und act. 28/1]). Zu prüfen bliebe einzig noch, ob eine Anfechtbarkeit im Sinne von Art. 271 ff. OR in Frage kommen würde. "Nach der Rechtsprechung ist Art. 271

- 6 - Abs. 1 OR auch bei einer Zahlungsverzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR anwendbar. Dem Kündigungsrecht des Vermieters steht das Recht des Mieters auf Schutz gegen eine missbräuchliche Kündigung gegenüber. Der Richter kann die umstrittene Kündigung nur aufheben, wenn sie im Lichte der Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch unzulässig ist; es bedarf allerdings besonderer Umstände, damit die Kündigung aufgehoben [wird] (BGE 120 II 31 E. 4a S. 33). Dies ist etwa der Fall, wenn der Vermieter bei der Fristansetzung unter Kündigungsandrohung vom Mieter einen weit höheren Betrag als de[n] geschuldete[n] abmahnt, ohne sich der wirklichen Schuld sicher zu sein (BGE 120 II 31 E. 4b S. 33 f.)" (vgl. BGer 4A_634/2009 vom 3. März 2010 = MRA 1/11 S. 37 E. 2.2.2 m.w.H). Der in BGE 120 II 31 geschilderte Fall wäre jedoch nicht mit dem vorliegenden vergleichbar: Zwar enthielt die Zahlungsaufforderung / Fristansetzung am 27. September 2009 (sofern auf diesen Zeitpunkt abgestellt würde) bereits den noch nicht fälligen Mietzins (inkl. Nebenkosten) des Monats Oktober 2009. Der Umstand, dass auch für den Monat Oktober 2009 und damit verfrüht gemahnt wurde, war aus der Zahlungsaufforderung / Fristansetzung und der dazugehörigen Aufstellung (act. 4/3) jedoch deutlich erkennbar. Es könnte deshalb nicht gesagt werden, die Höhe der Beträge sei nicht korrekt gewesen bzw. die Berufungsbeklagten seien sich über die wirkliche Schuld nicht sicher gewesen. Schliesslich musste der Berufungskläger als Schuldner wissen, dass noch Mietzinsen ausstehend waren. Aus der Aufstellung war für ihn erkennbar, welche Mietzinsen und Nebenkosten in welcher Höhe zu bezahlen waren, um keine Kündigung zu riskieren. Der Berufungskläger wurde über die Höhe der ausstehenden Mietzinsen deshalb nicht in die Irre geführt, zumal er die Zahlungsaufforderung / Fristansetzung auch erst nach dem Fälligkeitstermin erhielt (vgl. Ziff. 3.4.a vorstehend). Die Zahlungsaufforderung / Fristansetzung erweist sich somit auch nicht als treuwidrig im Sinne von Art. 271 ff. OR.

E. 3.5

a) Der Berufungskläger führt weiter aus, im Anschluss an die Mahnung vom 27. September 2009 bis Anfang November 2009 seien vier weitere Zahlungen à Fr. 6'000.–, d.h. insgesamt Fr. 24'000.–, ergangen, womit ein allfälliger Ausstand längst getilgt worden sei (act. 44 S. 9). Im Zeitpunkt der Kündigung vom

- 7 - 22. Dezember 2009 habe es keinen Zahlungsrückstand mehr gegeben (act. 44 S.10). Der Berufungskläger konnte im Verfahren vor der Vorinstanz den Gegenbeweis dafür, dass zum Zeitpunkt der Kündigung kein Mietzinsausstand mehr bestand, allerdings nicht erbringen (vgl. act. 42 S. 10). Der Kontoauszug der H._____ GmbH enthält Daten aus den Jahren 2007 und 2008 (act. 12/1). Die Kopien in act. 12/2 und act. 25 belegen für den Zeitraum nach der Zahlungsaufforderung eine Zahlung von Fr. 6'000.– am 28. September 2009 sowie eine Zahlung von Fr. 6'000.– am 3. November 2009. Diese Zahlungen decken sich auch mit den Angaben der Berufungsbeklagten vor Vorinstanz (vgl. act. 28/1 und 28/2). Weitere Zahlungen wurden nicht belegt. Da der Mietzinsausstand zum Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung Fr. 17'400.– betrug und nur Zahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 12'000.– erfolgten (sofern die Zahlung vom 3. November 2009 überhaupt noch innerhalb der Zahlungsfrist erfolgte), betrug der Zahlungsausstand bei Ablauf der Zahlungsfrist noch mindestens Fr. 5'400.– (vgl. act. 28/1). Damit waren die Berufungsbeklagten berechtigt, die ausserordentliche Kündigung auszusprechen (vgl. ZK OR-Higi, Art. 257d N. 44). b) Die vom Berufungskläger in der Berufung angebotenen Beweise (act. 44 S. 10) sind nicht mehr zu berücksichtigen. Eine Befragung von G._____ als Zeuge zum Beweis der Höhe des Zahlungsausstands wurde bei der Vorinstanz vom Berufungskläger nicht beantragt; beantragt wurde dessen Befragung im Zusammenhang mit feuerpolizeilichen Auflagen und der Behauptung, es werde ein Bordell bzw. ein Massagesalon betrieben (vgl. act. 10 und Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens S. 4 und S. 9 ff.). Im Berufungsverfahren sind neue Beweismittel nicht mehr zuzulassen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht wurden (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine weitere Edition von Unterlagen zu Mietzinszahlungen durch G._____ und die I._____ GmbH ist nicht zu verfügen, da sowohl G._____ als auch die I._____ GmbH bereits von der Vorinstanz zur Herausgabe von sämtlichen Zahlungsquittungen bzw. Zahlungsbelegen für Mietzinszahlungen vom 1. August 2009 bis 22. Dezember 2009 angehalten wurden (act. 13a, 14 und 15). Sie wurden darüber hinaus auch aufgefordert, dem Gericht schriftlich Auskunft zu geben, sollte sich eine dieser Urkunden nicht in ihrem Besitz befinden (act. 13a, 14 und 15).

- 8 -

E. 3.6

Der Berufungskläger bringt vor, die Berufungsbeklagten hätten keine Nebenkostenabrechnung vorgelegt, obwohl sie hierzu verpflichtet gewesen seien. Es liege eine erhebliche Zuvielzahlung vor und es könne von einem Mietzinsrückstand keine Rede sein. Es fehle daher an der Grundvoraussetzung für eine Kündigung gemäss Art. 257d OR, denn im massgeblichen Zeitpunkt habe keinerlei Zahlungsrückstand vorgelegen (act. 44 S. 10). Von Art. 257d OR werden hinsichtlich der Nebenkosten sowohl die vertraglich vereinbarten Akonto- als auch Pauschalbeträge erfasst (vgl. Felix Rajower, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, in AJP 1998, S. 806 m.w.H.). Die Vorinstanz wies daher in ihrem Entscheid zutreffend darauf hin, dass der Mieter neue fällig werdende Akontobeträge bzw. Mietzinsen nicht zurückhalten dürfe, selbst wenn Nebenkosten nicht oder zu spät abgerechnet würden

(act. 42 S. 11).

E. 3.7

Der Berufungskläger weist erneut auf die angebliche Aufteilung des Mietverhältnisses hin (act. 44 S. 11 f.). Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid jedoch zutreffend aus, eine solche Aufteilung sei weder genügend substantiiert noch bewiesen worden (act. 42 S. 7). Eine mündliche Vertragsänderung, wie dies der Berufungskläger behauptet, wäre nicht gültig zustande gekommen. In Ziff. H.12 des Mietvertrages vom 18. Dezember 2003 wurde die Schriftform für jegliche Änderung des Vertrages vorgesehen, für den Vermieter sogar zwingend im Sinne der qualifizierten Schriftlichkeit durch amtliche Beglaubigung der Unterschrift (act. 4/2 S. 8 f.). Dass Herr G. _____ von B. _____ sel. ermächtigt worden sein soll, auch ohne qualifizierte Schriftlichkeit eine Änderung herbeizuführen, wurde nicht nachgewiesen. Hätte eine solche Ermächtigung nachgewiesen werden können, hätte sich eventuell die Frage der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf Schriftlichkeit von Vertragsänderungen gestellt. Dass die Berufungsbeklagten Mietzinsen seitens der I. _____ GmbH separat bezogen (act. 44 S. 12), was sich aus den Einzahlungen ergibt (act. 12/2), belegt noch keine Aufteilung des Mietverhältnisses (auch darauf wies die Vorinstanz bereits zutreffend hin, vgl. act. 42 S. 6). Eine Befragung von G. _____, Frau J. _____ und Herrn K. _____ als Zeugen zum Beweis einer mündlichen Vereinbarung der Aufteilung des Mietverhältnisses auf drei neue Mietverträge (act. 44 S. 11 und 12) wurde bei der Vorinstanz vom Berufungsklä-

- 9 - ger nicht beantragt (vgl. act. 10 und Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens S. 5). Im Berufungsverfahren sind neue Beweismittel nicht mehr zuzulassen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht wurden (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

E. 3.8

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 4

Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 5'600.– verrechnet.

E. 4.1

Der Streitwert im Ausweisungsverfahren verbunden mit einem Kündigungsverfahren im Falle eines befristeten Mietverhältnisses bestimmt sich nach dem Bruttomietzins ab umstrittener Auflösung (31. Januar 2010; act. 4/5) bis zum Ablauf der Mietdauer (30. Juni 2012; act. 4/2). Der Streitwert beläuft sich bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 13'800.– auf Fr. 400'200.– (29 Monate à Fr. 13'800.–).

E. 4.2

Bei einem Streitwert von rund Fr. 400'000.– sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 + 3, § 7 lit. a und § 8 Abs. 1 auf Fr. 5'600.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm bereits geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 5'600.– zu verrechnen.

E. 4.3

Die Berufungsbeklagten beantragten sinngemäss eine Parteientschädigung (vgl. Antrag auf Sicherstellung für die Parteientschädigung, act. 50). Der Berufungskläger ist deshalb zu verpflichten, den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagten wurden zwar nicht aufgefordert, eine Berufungsantwort einzureichen (vgl. Ziff. 1.4 vorstehend), und es entstand ihnen insoweit auch kein Aufwand. Dafür entstand ihnen Aufwand für den Antrag auf Sicherstellung selbst (act. 50) sowie für die Interessenwahrung im Zusammenhang mit den prozessualen Anträgen des Berufungsklägers. Unter Berücksichtigung dieses Umstands rechtfertigt es sich, die Parteientschädigung auf

- 10 - Fr. 1'400.– festzusetzen. Diese ist mit der vom Berufungskläger bereits geleisteten Sicherheitsleistung im Betrag von Fr. 14'260.– zu verrechnen. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. 2. Die Verfügung vom 28. Januar 2011 des Audienzrichteramtes des Bezirkes Zürich wird einschliesslich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bestätigt. Demgemäss wird dem Berufungskläger befohlen, folgende Mieträumlichkeiten an der ...gasse ... in F._____ unverzüglich zu räumen und in ordnungsgemässen Zustand zu verlassen, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall:

E. 5

Der Berufungskläger wird verpflichtet, den Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'400.– zu bezahlen. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, diesen Betrag aus der vom Berufungs-

- 11 - kläger bereits geleisteten Sicherheitsleistung dem Berufungsbeklagten zu bezahlen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Audienzrichteramts des Bezirkes Zürich, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 7

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. 400'200.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Muraro-Sigalas versandt am:

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