

# ZH\_OBERGERICHT LF110044 vom 20. Juli 2011

ZH Obergericht, 2011-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF110044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF110044)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF110044 du 20 juillet 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LF110044 del 20 luglio 2011

## Erwägungen

### E. 1

Der Beklagte ist Mieter der 4.5-Zimmerwohnung im 2. OG der Liegen- schaft der Klägerin an der ...strasse ... in C.\_\_\_\_\_. Weil der Beklagte die Heiz- und Nebenkostenabrechnung 2009/10 in der Höhe von knapp Fr. 400.-- nicht be- glich, wurde ihm von der Klägerin gekündigt und ein Ausweisungsbegehren ge- stellt. Der Beklagte widersetzt sich der Kündigung, weil er sie für ungültig hält.

### E. 2

Die Vorinstanz hat das Kündigungsanfechtungsbegehren des Beklagten abgewiesen und ihm befohlen, die Wohnung sofort nach Erhalt des gerichtlichen Entscheides ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Gleichzeitig wurde der Stadtmann von C.\_\_\_\_\_ mit dem Vollzug beauftragt (act. 35 S. 14 f.; Dis- positiv-Ziff. 1-3).

### E. 3

Dagegen liess der Beklagte und Berufungskläger Berufung erheben mit dem Antrag (act. 36 S. 2): „1. Die von der Berufungsbeklagten am 28. Oktober 2010 per 30. November 2010 ausgespro- chene Kündigung der Mietwohnung der Klägerin sei für unwirksam zu erklären. 2. Das Begehren der Berufungsbeklagten um Ausweisung des Klägers vom 2. Dezember 2010 sei abzuweisen. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt)“.

### E. 4

Nachdem dem Beklagten für das Berufungsverfahren zunächst ein Kos- tenvorschuss von Fr. 4'000.-- auferlegt worden war (act. 39 S. 4), wurde ihm in der Folge – nach Stellung eines entsprechenden Gesuches (act. 45 bis act. 47) – mit Beschluss vom 24. Mai 2011 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wurde ihm Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin beigegeben (act. 48 S. 7).

### E. 5

Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 15. April 2011 (act. 39, Dispositiv- Ziff. 2) mitgeteilt, dass die D.\_\_\_\_\_ AG im Berufungsverfahren nicht als ihre Ver- treterin zugelassen werde. Mit vom 6. Juni 2011 datierter Vollmacht (act. 55) legi- timierte sich Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Klägerin.

- 3 -

### E. 6

Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten mit Schreiben vom 15. Juni 2011 (eingegangen am 17. Juni 2011) zur Kenntnis gebracht (act. 56). Mit dem Hinweis darauf, dass die Berufungsantwort Noven enthielte, ersuchte die Rechts- vertretung des Beklagten um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (act. 58). In der Folge wurde die

Rechtsvertreterin des Beklagten auf die Praxis der Kammer, basierend auf der einschlägigen bundesgerichtlichen Praxis (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3), hingewiesen, wonach keine Frist angesetzt wird, sondern dass ohne weiteres die Möglichkeit zu einer beförderlichen Stellungnahme besteht (act. 59). Mit Schreiben vom 27. Juni 2011 ersuchte die Vertreterin des Beklagten um Fristerstreckung von 10 Tagen bis zum 7. Juli 2011 (act. 60). Das wurde wiederum mit Hinweis auf die erwähnte Rechtsprechung abgelehnt (act. 61) und seitens der Vertreterin des Beklagten mit Eingabe vom 29. Juni 2011 kritisiert (act. 62). Schliesslich ging am 11. Juli 2011 die vom 7. Juli 2011 datierte Eingabe des Beklagten ein (act. 63). Da der Entscheid in der vorliegenden Angelegenheit in jenem Zeitpunkt noch nicht gefällt war, ist diese – praxisgemäss – noch zur Kenntnis zu nehmen. Die Stellungnahme des Beklagten wurde schliesslich der Klägerin zugestellt (act. 64), welche am 18. Juli 2011 (Eingang 19.7.2011) ihrerseits Stellung nahm (act. 65 mit Beilage 66). Die Sache ist spruchreif. Sie macht geltend, die ungetragene Eingabe des Beklagten aus dem Recht zu weisen, erinnert an die Novenrechtsbeschränkung und reicht das Begleitschreiben zum Formular vom 7. Dezember 2005 nach (act. 66). All das spielt, wie sogleich zu zeigen sein wird, für den Entscheid das Falles keine Rolle.

## E. 7

Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits rechtshängig sind, gilt das bisherige Verfahrensrecht (ZPO/ZH) bis zum Abschluss vor der jeweiligen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Da das vorinstanzliche Verfahren noch im alten Jahr anhängig gemacht wurde, gelangt hierfür die ZPO/ZH zur Anwendung. Ist die schweizerische Zivilprozessordnung noch nicht anwendbar, gilt dies auch für deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation in Zivil- und Strafsachen [GOG] vom 10. Mai 2010), welches

- 4 - ebenfalls per 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Entsprechend finden auf das vorinstanzliche Verfahren die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (GVG) Anwendung. Hingegen gilt für das Rechtsmittel dasjenige Recht, das bei der Eröffnung des Entscheids in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzliche Verfügung datiert vom 16. Februar 2011, so dass für das Berufungsverfahren selbst die schweizerische ZPO und das GOG Anwendung finden. Soweit es um die Überprüfung des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids geht, hat sich die Kammer jedoch nach der ZPO/ZH und dem GVG sowie den zu jenem Zeitpunkt (noch) in Kraft gewesenen materiellen Bestimmungen des Mietrechts (insbesondere Art. 274g Abs. 1 OR) zu richten. II. 1. Ist in einer Mietsache gleichzeitig zwischen denselben Parteien ein Ausweisungs- und ein Kündigungsschutzverfahren hängig, so beurteilt der Ausweisungsrichter auf Grund einer Kompetenzattraktion neben dem Ausweisungsbegehren auch die Wirkung der Kündigung, (u.a.) wenn der Vermieter wegen Zahlungsrückstands des Mieters gemäss Art. 257d Abs. 2 OR gekündigt hat (Art. 274g Abs. 1 OR [bis 31.12.2010 in Kraft]). Der Ausweisungsrichter hat mithin in einem solchen Fall den definitiven Entscheid über die Wirksamkeit oder Ungültigkeit der Kündigung zu treffen. Da dieser (materiell rechtskräftig werdende) Entscheid eine umfassende Abklärung der tatsächlichen und rechtlichen Fragen voraussetzt, verfügt der Ausweisungsrichter dabei über volle Kognition (Lachat et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage 2009, S. 687 f.). § 226 ZPO/ZH, wonach bei Illiquidität auf das Begehren nicht einzutreten ist und dem Kläger sodann die Klage im ordentlichen Verfahren offensteht,

kommt somit nicht zur Anwendung (BGE 119 II 141). Als Folge davon sind gemäss § 209 Abs. 2 ZPO/ZH sämtliche Beweismittel zulässig. 2. In Mietsachen galt und gilt die soziale Untersuchungsmaxime (Art. 274d Abs. 3 aOR; Art. 247 Abs. 2 ZPO), mit dem primären Zweck der Gleichbehand-

- 5 - lung der Parteien und des Schutzes der sog. sozial schwächeren Vertragspartei. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Untersuchungsmaxime im umfassenden Sinn. Die Parteien verfügen frei über den Streitgegenstand und haben ihre zivilprozessualen Mitwirkungspflichten wahrzunehmen. Insbesondere hat entsprechend die klagende Partei das Klagefundament in tatsächlicher Hinsicht darzutun (§ 113 ZPO/ZH), d.h. sie hat substantiierte Behauptungen zu den rechtsgenügenden Tatsachen vorzubringen oder – wenigstens – Akten vorzulegen, aus welchen sich diese Tatsachen ergeben. Insoweit wird die Substantiierungspflicht infolge des sozialen Untersuchungsgrundsatzes gemildert (vgl. Weber, Basler Kommentar, OR I, 4. Aufl. 2007, N 5 ff. zu Art. 274d OR). An der grundsätzlichen Substantiierungspflicht ändert dies indes nichts. Auch die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO/ZH bedeutet nicht, dass bei mangelnder Substantiierung des Klagefundaments durch den Kläger die Parteien auf den relevanten Sachverhalt hinzuweisen wären und die rechtsbegründenden Tatsachen richterlich erfragt werden müssten. Viel mehr kann in einem solchen Fall, insbesondere bei anwaltlicher Vertretung, angenommen werden, dass sich die betreffenden Tatsachen nicht verwirklicht haben und sie aus diesem Grund nicht behauptet wurden. Entsprechend ist darüber auch nicht Beweis abzunehmen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 4 zu § 55 ZPO/ZH). Wie bereits erwähnt, richtet sich das Verfahren vor der Kammer nach der neuen ZPO. Hinsichtlich der Noven gilt Art. 317 Abs. 1 ZPO: Sie werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten. Allerdings besteht bei Geltung der Untersuchungsmaxime eine Ausnahme, indem dort ein offenes Novenrecht gilt (ZK ZPO-Reetz/Hilber, N. 15 zu Art. 317; KUKO ZPO-Brunner, N. 8 zu Art. 317; BSK ZPO-Spühler, N. 7 zu Art. 317; Peter Volkart, Dik-e-Komm-ZPO, N. 17 zu Art. 317). 3. Die Vorinstanz hat das Begehren des Beklagten betreffend Anfechtung der Kündigung ab- und den Beklagten aus dem Mietobjekt ausgewiesen. Sie ging von einer Zustellung der Heiz- und Betriebskostenabrechnung per 12. Juli 2010

- 6 - aus (act. 35 S. 5 E. 3.3.). In der Frage, ob sich der Beklagte im Zahlungsverzug befand, bzw. ob er fristgerecht Einsprache gegen die Nebenkostenabrechnung erhoben hatte, hat die Vorinstanz ausgeführt, dass der ausstehende Betrag erst nach eingeleiteter Betreuung bezahlt worden sei, so dass er sowohl am 10. September 2010 (Datum der Mahnung mit Fristansetzung) als auch am 28. Oktober 2010 (Datum der Kündigung) in Verzug gewesen sei (act. 35 S. 6 E. 3.5.1.). Die bestrittene Behauptung des Beklagten, er habe mit A-Post rechtzeitig Einsprache gegen die Nebenkostenabrechnung erhoben (act. 36 S. 6 E. 3.5.1), habe sich mit der Einvernahme des Postangestellten E.\_\_\_\_\_ nicht erhärten lassen und weitere vom Beklagten eingereichte Unterlagen seien für diese Frage nicht aussagekräftig gewesen (act. 35 S. 6 ff. E. 3.5.3. und 3.6.). Sowohl das Mahnschreiben mit Kündigungsandrohung vom 10. September 2010 als auch die Kündigung per 28. November 2010 seien demnach gültig und wirksam erfolgt (act. 35 S. 10 E. 3.8). Ausserdem verneinte die Vorinstanz die Frage, ob die Tatsache, dass der Mietzins immer rechtzeitig bezahlt worden sei und dass der Beklagte der Klägerin seine Auslandsabwesenheit vom 11. September 2010 bis zum 31. Oktober 2010 zum voraus angezeigt habe, einen Verstoß

gegen Treu und Glauben darstelle (act. 35 S. 10 f. E. 3.9.1.). Schliesslich hielt sie fest, dass es nicht rechtsmissbräuchlich sei, das Mietverhältnis wegen eines Ausstandes in der Höhe von knapp Fr. 400.-- zu kündigen und verneinte das Vorliegen einer Rachekündigung (act. 35 S. 11 E. 3.9.2., E. 3.9.4.). 4. a) Zur Begründung seines Antrages, die Kündigung seiner Wohnung als unwirksam zu erklären und das Ausweisungsbegehren abzuweisen (act. 36 S. 2) führt der Beklagte insbesondere an, dass die Vorinstanz nur geprüft habe, ob gegen die Nebenkostenabrechnung Einsprache geführt worden sei oder nicht. Richterweise hätte auch der Kündigungsgrund bzw. die Fälligkeit der gemahnten und in Betreuung gesetzten Forderung geprüft werden müssen (act. 36 Rz 1). Die ausserordentliche Kündigung sei mit Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR begründet worden. Die Mahnung mit Kündigungsandrohung vom 10. September 2010 hätte auf eine ausstehende Miete hingewiesen, obwohl es sich um Nebenkosten von Fr. 395.50 gehandelt habe, welche am 23. November 2010 nach eingeleiteter Betreuung bezahlt worden seien. Was an Nebenkosten nicht klar, ein-

- 7 - zeln und abschliessend ausgeführt sei, müsse vom Mieter nicht bezahlt werden (Art. 257a Abs. 2 OR). Im Mietvertrag seien Heizung, Warmwasser, Hauswartung, Kabelferngebühr, Betriebskosten, Energiekosten und diverse Kosten aufgeführt. Abgerechnet werde hingegen über Strom Allgemein (Fr. 175.60), Kehricht/Grün- gut (Fr. 111.85), Lift Service (Fr. 218.20) und Kehricht Grundgebühren (Fr. 112.20) im Gesamtbetrag von Fr. 617.85, welche der Mietvertrag nicht ausweise, so dass sie auch nicht bezahlt werden müssten. Der Anteil des Klägers an den spezifizierten Kosten betrage deshalb Fr. 3'737.85, was bei Akontozahlungen im Betrage von Fr. 3'960.-- einen Minus-Saldo von Fr. 222.15 ergebe, den der Beklagte zu viel bezahlt habe. Damit gebe es gar keinen Zahlungsverzug. Weiter sei gesetzlich keine Einsprachefrist zur Beanstandung der Nebenkostenabrechnung vorgesehen, so dass eine vertraglich vorgesehene Befristung unzulässig sei. Entscheidend sei, dass der Beklagte tatsächlich Einsprache erhoben habe (act. 36 Rz 4). 4. b) Die Klägerin verlangt die Abweisung der Berufung bzw. allenfalls eine Rückweisung an die erste Instanz. Der Beklagte berufe sich auf unzureichende Abklärungen durch die Vorinstanz, insbesondere auf die Unrichtigkeit der Nebenkostenabrechnung. Richtig sei, dass zwischen den Parteien von einer stillschweigenden Saldovereinbarung auszugehen sei, weil gegen die Abrechnung innert der 30-tägigen Frist keine Einsprache erhoben wurde (act. 51 Rz 2 und 4). Der Mietvertrag zwischen den Parteien enthalte die abgerechneten Positionen tatsächlich nicht, hingegen habe auf den 1. April 2006 eine mit amtlichem Formular vom 7. Dezember 2005 angezeigte Vertragsänderung stattgefunden, woraus sich die einzelnen Nebenkostenpositionen exakt ergeben würden (act. 36 Rz 5). Ausserdem habe der Beklagte die bestrittene Nebenkostenabrechnung nicht nur längst bezahlt, sondern auch im Schlichtungsverfahren anerkannt, was sich aus dem eingereichten Beschluss (act. 53/2) ergebe. Das mache die Abrechnung in jeder Hinsicht rechtskräftig. Prozessual sei das Einreichen des Beschlusses im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 317 ZPO zulässig: Der Beschluss sei erst am 14. Februar 2011 versandt worden und erst am 16. Februar 2011 bei der Klägerin eingegangen, mithin nach der Hauptverhandlung des vorliegenden Verfahrens am 14. Februar 2011. Das Anerkenntnis ohne entsprechende Verfügung nachweisen

- 8 - zu müssen, wäre unzumutbar gewesen und ausserdem sei die Nebenkostenabrechnung in ihrer Höhe und betreffend dieser Positionen vom Beklagten nicht in Zweifel gezogen worden (act. 51 Rz 10). Weiter wies die Klägerin darauf hin, dass die 30-tägige

Einsprache- bzw. Genehmigungsfrist in den allgemeinen Bestimmungen des Mietvertrages ausdrücklich vorgesehen sei (act. 51 S. 5). 4. c) Am 7. Juli 2011 (act. 63) bezog sich der Beklagte auf die mit amtlichem Formular angezeigte einseitige Vertragsänderung vom 7. Dezember 2005, womit die im Nettomietzins enthaltenen Nebenkosten aus diesem ausgegliedert worden seien (act. 63 S. 3). Das Formular müsse gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b VMWG eine Umschreibung der Forderung, den Zeitpunkt, auf den sie wirksam werde und eine klare Begründung der Forderung enthalten (Ziff. 1-3). Eine solche Begründung fehle, seien doch lediglich die neuen Nebenkosten aufgelistet, ohne dass dem Mieter auch nur ansatzweise erklärt werde, weshalb die Nebenkostenausscheidung vorgenommen werde bzw. diese neuen Positionen eingeführt würden. Damit sei für den Mieter nicht ersichtlich, ob nicht eine verdeckte Mietzinserhöhung vorgenommen worden sei. Insbesondere sei dem Beklagten nicht eröffnet worden, auf welcher Grundlage die neu ausgeschiedenen Nebenkosten mit einem Akontobetrag von Fr. 196.-- beziffert und verrechnet würden. Die seinerzeitige Nichtanfechtung des Formulars könne dem Beklagten deshalb nicht zur Last gelegt werden. Das erwähnte Begleitschreiben vom Dezember 2005 sei weder bekannt noch wäre es beachtlich, weil die fehlende Begründung weder ausgedehnt noch ersetzt werden könnte. Fehlende Begründung führe zur Rechtsfolge der Nichtigkeit (Art. 269d Abs. 2 lit. b i.V.m. Abs. 3), so dass eine solche Änderung keine Wirkungen entfalten könne. Der Beklagte habe die Nebenkostenabrechnung vom 6. Juli 2010 irrtümlich anerkannt und trotz Nichtigkeit derselben bezahlt (act. 63 S. 4). Liege kein Zahlungsverzug vor, so sei die Kündigung unwirksam und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen. Daran ändere auch die Anerkennung der fraglichen Nebenkostenabrechnung durch den Beklagten am 6. Januar 2011 vor der Schlichtungsbehörde nichts. Die materielle Rechtskraft beziehe sich lediglich auf die Nebenkostenabrechnung als solche, betreffe aber nicht die grundsätzliche Frage der Nichtigkeit der neu eingeführten Nebenkosten und Nichtigkeit sei nicht heilbar. Die Bezahlung sei aus Unkenntnis der Sach- und Rechtslage erfolgt und

- 9 - der Beklagte habe von der bestehenden Nichtigkeit erst im Rahmen des Berufungsverfahrens erfahren. Schliesslich sei die Ansetzung einer Verwirkungsfrist im Zusammenhang mit den Nebenkosten unzulässig, auch wenn sie in den allgemeinen Bestimmungen des Mietvertrages vorgesehen sei (act. 63 S. 5). III.

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