

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF170019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 12. Juni 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Beklagter und Beschwerdeführer,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Ausweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 27. April 2017 (ER170017)

### **Erwägungen:**

1. Der Beklagte und hiesige Beschwerdeführer ist seit dem 1. April 2006 (Mietvertrag vom 24. Februar 2006) Mieter einer 3-Zimmerwohnung im 4. Stock an der C.\_\_\_\_-Strasse ... in ... Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil. Die Klägerin und hiesige Beschwerdegegnerin ist Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft (act. 3/1). Seit dem 1. Oktober 2012 betrug der Mietzins Fr. 1'427.– inkl. Nebenkosten (act. 3/2).

2.1 Mit Eingabe vom 31. Januar 2017 ersuchte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht Winterthur um Ausweisung des Beschwerdeführers aus dem Mietobjekt (act. 1). Das Einzelgericht im summarischen Verfahren gab dem Begehren mit Urteil vom 27. April 2017 statt und verpflichtete den Beschwerdeführer, die besagte Wohnung samt Kellerabteil unverzüglich zu räumen und der Beschwerdegegnerin samt Schlüsseln ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Das Stadtammannamt Winterthur ... wurde sodann angewiesen, diesen Entscheid nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Beschwerdegegnerin zu vollstrecken (act. 24 = act. 28 = act. 30).

2.2 Der Beschwerdeführer erhob am 8. Mai 2017 bei der Kammer fristgerecht Beschwerde gegen den Ausweisungsentscheid (act. 29; vgl. act. 25). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-26). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort kann in Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO verzichtet werden. Die Sache erweist sich als spruchreif.

3. Die Vorinstanz hielt die Voraussetzungen für die Gewährung des Rechtsschutzes im summarischen Verfahren (des sog. Rechtsschutzes in klaren Fällen) zutreffend fest (act. 28 S. 3). Darauf kann verwiesen werden. Sodann prüfte die Vorinstanz, ob das Mietverhältnis seitens der Beschwerdegegnerin gültig aufgelöst wurde. Sie kam zum Schluss, dass sämtliche Vorschriften für eine Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR eingehalten worden seien (Ansetzung einer mindestens dreissigtägigen Frist zur Begleichung des Zahlungsrückstands mit Kündigungsandrohung sowie form- und fristgerechte ausserordentliche Kün-

digung) (act. 28 S. 4 f.). Der Beschwerdeführer hält dem nichts entgegen. Auf diese zutreffenden Erwägungen kann somit ebenfalls verwiesen werden.

4.1 Der Beschwerdeführer räumt ein, die Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 nicht fristgerecht bezahlt zu haben. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren stellt er sich aber auf den Standpunkt, dass er mit dem Mietzins für den Monat November 2016, der die Zahlungsverzugskündigung ausgelöst hatte, gar nicht im Verzug gewesen sei. Er sei nämlich bereits anfangs 2016 von der Beschwerdegegnerin für ausstehende Mietzinse betrieblen worden. Obwohl er diese Schulden daraufhin beglichen habe, sei die Beschwerdegegnerin im Pfändungsverfahren befriedigt worden. Somit seien diese Mietzinse anfangs Jahr doppelt geleistet worden; im Zeitpunkt der Kündigung im November habe kein eigentlicher Rückstand bestanden. Es dürfe davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer internen Buchführung die Zahlungen unter seinem Mieterkonto zusammengeführt und gutgeschrieben habe, ohne dass er bewusst darauf hätte hinweisen oder eingehen müssen (act. 29 S. 2).

4.2 Die Vorinstanz wies den Beschwerdeführer darauf hin, dass gegenüber einer Mietzinsforderung zwar Verrechnung erklärt werden könne. Zur Abwendung einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR sei nach einhelliger Lehre und ständiger Rechtsprechung aber erforderlich, dass der Mieter vor dem fruchtlosen Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist gegenüber dem Vermieter Verrechnung erkläre. Eine verspätete Verrechnungserklärung könne die ausserordentliche Kündigung bzw. deren Gültigkeit nicht mehr verhindern (act. 28 S. 5 f. mit zahlreichen Hinweisen). Tatsächlich verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass eine allfällige Verrechnung vor dem Kündigungszeitpunkt erklärt werden muss, ansonsten der (gekündete) Mietvertrag nicht wieder auflebt (BGE 119 II 241 E. 6.b)). Abgesehen vom Zeitpunkt ist vorliegend aber insbesondere von Relevanz, dass der Mieter seine Verrechnungsabsicht gegenüber dem Vermieter durch eine entsprechende Erklärung zum Ausdruck bringen muss (vgl. Art. 124 Abs. 1 OR; BGer 4C.212/2005 vom 28. September 2006 E. 3.1.1; SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich u.a. 2008, Art. 257d N 19). Er darf sich mit anderen Worten nicht darauf beschränken, zu hoffen oder

vom Vermieter zu erwarten, dass er zu viel bezahlte Beträge gegen ausstehende Mietzinse aufrechnet, sondern muss diesbezüglich klar seinen Willen kundtun (WETTSTEIN, in: Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., S. 305). Dies gilt auch in langjährigen Mietverhältnissen, bei denen – wie der Beschwerdeführer geltend macht – aufgrund der Mietertreue von einer gewissen Flexibilität und einem Entgegenkommen des Vermieters als Dienstleister ausgegangen werden dürfe (act. 29 S. 2). Indem der Beschwerdeführer die Verrechnungserklärung unterliess bzw. sich erst im Ausweisungsverfahren darauf berief, erübrigt es sich, weiter zu prüfen, ob die angebliche Verrechnungsforderung tatsächlich bestand. Ebenso wenig zu prüfen ist, ob sich das Verhalten der Beschwerdegegnerin angesichts der angeblichen Verrechnungslage ausnahmsweise als treuwidrig erwiese, hat doch der Beschwerdeführer die Kündigung nicht fristgerecht angefochten (vgl. dazu zutreffend act. 28 S. 6 f.), weshalb sich einzig die Vorfrage der Wirksamkeit, nicht aber der Anfechtbarkeit der Kündigung im vorliegenden Verfahren stellen kann.

4.3 Der Beschwerdeführer führt weiter aus, dass aufgrund der erfolgten Kündigung und des laufenden Ausweisungsverfahrens davon auszugehen sei, dass kein Mietverhältnis mehr bestehe. Trotzdem vereinnahmte die Beschwerdegegnerin kommentarlos die seit Anfang 2017 monatlich durch das Sozialamt übernommenen Mietzinszahlungen. Aus diesem Grund sei von einer stillen Duldung auszugehen, also einem ohne schriftlichen Vertrag bestehenden Mietverhältnis. Eine analoge Situation habe schon anfangs 2016 bestanden; damals habe die Beschwerdegegnerin ihre Kündigung zurückgezogen. Es sei nicht einzusehen, weshalb dies heute nicht so sein sollte (act. 28 S. 2).

4.4 Verbleibt der Mieter nach dem Kündigungstermin weiterhin im Mietobjekt, schuldet er für die Dauer des unrechtmässigen Verbleibs einen der Höhe des Mietzinses entsprechenden Schadenersatz. Aus diesem Grund kann aus der Entgegennahme von Mietzinszahlungen durch den Vermieter nach verstrichenem Kündigungstermin nicht auf den stillschweigenden Abschluss eines neuen Mietvertrages geschlossen werden (BSK OR I-WEBER, 6. Aufl., Art. 257d N 14). Der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, den Mieter darauf hinzuweisen, dass er diese Zahlungen unter dem Titel "Schadenersatz" oder "Nutzungsentgelt" entgegen-

nehme und sie nicht als Mietzins auffasse. Vorliegend durfte der Beschwerdeführer allein schon aufgrund des Umstands, dass die Beschwerdegegnerin ein Ausweisungsverfahren anhängig gemacht hat, nicht darauf schliessen, dass diese den Mietvertrag stillschweigend fortführen wollte. Der Einwand des Beschwerdeführers verfängt also nicht.

4.5 Schliesslich führt der Beschwerdeführer aus, dass er sich seiner momentanen Situation sehr wohl bewusst sei und die Notwendigkeit einsehe, eine neue Wohnung zu finden. Er bitte daher um eine befristete Mieterstreckung. Er sei seit über zehn Jahre Mieter dieser Wohnung, ausgesteuert, gesundheitlich angeschlagen und ohne verwandtschaftliche Beziehungen in der Schweiz. Die Verhältnisse auf dem örtlichen Wohnungsmarkt seien derart, dass es für ihn schwierig werde, eine neue Wohnung zu finden. Und auf Seiten der Beschwerdegegnerin liege kein Eigenbedarf vor, sie erhalte vielmehr regelmässig die Mietzinszahlungen (act. 29 S. 3).

4.6 Eine Mieterstreckung ist bei Zahlungsverzugskündigungen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Aus diesem Grund können die vom Beschwerdeführer ins Feld geführten Härtegründe nicht berücksichtigt werden. Selbstverständlich steht es der Beschwerdegegnerin aber offen, diese Aspekte in ihr weiteres Vorgehen beim Ausweisungsverfahren einfliessen zu lassen und dem Beschwerdeführer in diesem Sinne eine Schonfrist zu gewähren.

4.7 Zusammengefasst ergibt sich, dass der Sachverhalt liquid und die Rechtslage klar ist: Nachdem der Beschwerdeführer trotz Beendigung des Mietverhältnisses die Wohnung und das Kellerabteil nicht freiwillig verlassen hat, steht der Beschwerdegegnerin in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils ein Ausweisungsanspruch gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO zu.

5.1 Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, sind entsprechend Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Kosten für das Rechtsmittelverfahren zu tragen.

5.2 Für die Berechnung des Streitwerts kann auf die vorinstanzliche Berechnung verwiesen werden (act. 28 S. 7). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und 2 GebV OG rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten tief zu halten und auf Fr. 300.– festzusetzen. Der Beschwerdegegnerin ist mangels ihr im hiesigen Verfahren entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 beträgt Fr. 8'562.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: