

ZMP 2016 Nr. 1

**Art. 257c OR; Art. 257d OR; Art. 115 OR; Art. 97 OR; Art. 259 OR; Art. 267 OR.
Nichtigkeit einer Zahlungsverzugskündigung bei Zustellung an eine falsche
Adresse. Aufhebungsvereinbarung. Schadenersatzpflicht des Mieters bei
Aufhebung des Vertrags wegen Zahlungsverzugs. Kleiner Unterhalt.**

Der Vermieter trägt für eine korrekte Zustellung der Kündigungsandrohung sowie der Kündigung nach Art. 257d OR die Verantwortung. Richtet er die Androhung zuhanden des im Gefängnis befindlichen Mieters an die falsche (Gefängnis-) Adresse und die Kündigung selber an die Wohnadresse, obwohl er weiss, dass der Mieter inhaftiert ist, ist die Kündigung nichtig (E. II.4.1). Unternimmt der Mieter trotz Information nichts gegen die Bemühungen des Sozialdienstes des Gefängnisses, die Wohnung zu räumen und dem Vermieter zurückzugeben, so bildet dies eine konkludente Zustimmung zu einer Vertragsaufhebung (E. II.4.2).

Die Aufhebungsvereinbarung ändert grundsätzlich nichts am Schadenersatzanspruch des Vermieters wegen Vertragsverletzung, wenn die Vertragsbeendigung letztlich auf einen Zahlungsrückstand des Mieters zurückzuführen ist. Anders als bei einer vorzeitigen Rückgabe nach Art. 264 OR führt eine Kündigung oder Aufhebung des Vertrages wegen Zahlungsverzugs aber in jedem Fall zur Beendigung des Mietverhältnisses. In dieser Konstellation trifft nicht den Mieter, sondern den Vermieter die primäre Last, sich um eine Weitervermietung zu kümmern (E. II.7).

Der kleine Unterhalt ist Recht und Pflicht des Mieters. Ein Schadenersatzanspruch des Vermieters entsteht nur, wenn die getroffenen Massnahmen zu einem vertragswidrigen Zustand der Sache führen (E. II.10.7)

Aus dem Urteil des Mietgerichts MG150038-L/U vom 29. August 2016 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Gerichtsschreiberin Mosele):

"(...)

II. Erwägungen

(...)

4. *Beendigung des Mietverhältnisses*

4.1. Kündigung vom 18. Oktober 2013

4.1.1. Die Klägerin machte geltend, der Beklagte sei mit den Mietzinszahlungen ab Mai 2013 in Rückstand geraten. Dies habe dazu geführt, dass das Mietverhältnis im Sinne von Art. 257d OR am 18. Oktober 2013 per 30. November 2013 gekündigt worden sei.

4.1.2. Der Beklagte führte aus, die Klägerin bzw. die Vermieterin habe spätestens im Juni 2013 von der Inhaftierung des Beklagten erfahren. Folglich habe sie sich mit ihren Mahnungen und Kündigungsandrohungen nicht an die richtige Zustelladresse gewandt. Er habe die Mahnungen und Betreibungen nie zu Gesicht bekommen bzw. erst, als sich das Sozialzentrum Dorflinde im Januar 2014 für ihn eingesetzt habe.

4.1.3. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohnräumen 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d OR).

Unter Abwesenden gilt eine Sendung unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Empfänger als zugestellt, wenn die Sendung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und der Absender mit der Kenntnisnahme rechnen durfte (BGE 137 III 208 E. 3.1.2).

Eine unwirksame (Synonym: nichtige) Kündigung liegt vor, wenn die gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen einer ausserordentlichen Kündigung nicht erfüllt sind. Die unwirksame Kündigung ist – gleich wie die nichtige – für alle Betroffenen unbeachtlich (SVIT-K, Art. 266I-266o OR N 29).

4.1.4. Mit Schreiben vom 13. September 2013 setzte die Verwaltung dem Beklagten eine Zahlungsfrist von 30 Tagen mit Kündigungsandrohung im Unterlassungsfall an. Dieses Schreiben wurde an die Rotwandstr. 37, 8004 Zürich, gesandt. (...) Die korrekte Gefängnisadresse lautet indessen Rotwandstr. 21, *Postfach 1266*, 8004 Zürich. Die Klägerin, welcher die Beweislast obliegt (Art. 8 ZGB), vermochte denn auch keinen Zustellnachweis zu erbringen, obwohl sie geltend machte, dieses Einschreiben sei das erste gewesen, welches dem Beklagten offiziell habe zugestellt werden können. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass das Mahnschreiben vom 13. September 2013 nicht in den Machtbereich des Beklagten gelangt ist. Somit liegt keine gültige Kündigungsandrohung im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR vor.

4.1.5. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Kündigung an die P-str. X in Zürich schickte, obwohl ihr – wie ausgeführt – zu diesem Zeitpunkt bekannt war, dass sich der Beklagte nicht im Mietobjekt, sondern im Gefängnis aufhielt. Es ist davon auszugehen, dass auch die Kündigung nicht in den Machtbereich des Beklagten gelangt ist. Folglich greift auch die von der Klägerin geltend gemachte Zustellfiktion nicht, obwohl das Einschreiben mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurde.

4.1.6. Aufgrund des Gesagten ist die Kündigung vom 18. Oktober 2013 per 30. November 2013 unwirksam und das Mietverhältnis hatte über den 30. November 2013 hinaus weiter Bestand.

4.2. Aufhebungsvertrag

4.2.1. Ein befristetes oder unbefristetes Mietverhältnis lässt sich wie jedes andere Vertragsverhältnis auch durch Vereinbarung aufheben. Der Unterschied zur Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung besteht darin, dass die Auflösung von beiden Parteien gemeinsam ausgeht (Art. 1 OR) (...). Die Parteien können die Auflösung des Mietverhältnisses auf einen beliebigen Zeitpunkt vereinbaren. Sie sind weder an gesetzliche noch an vertragliche Kündigungsfristen oder -termine gebunden. Der Aufhebungsvertrag ist auch an keine besondere Form gebunden. Er kann mündlich vereinbart werden, selbst wenn die Parteien

ursprünglich einen schriftlichen Mietvertrag abgeschlossen haben. Es finden die Vorschriften von Art. 115 OR hinsichtlich des Erlöschens einer Obligation analoge Anwendung. Im Falle einer Familienwohnung ist überdies die Zustimmung beider Ehegatten erforderlich (Lachat/Thanei, a.a.O., S. 496 f.).

4.2.2. Die Rückgabe des Mietobjekts, welches regelmässig die Beendigung des Mietverhältnisses indiziert, erfolgte am 12. Dezember 2013 durch die Sozialarbeiterin M. Der Beklagte machte indes geltend, M. sei nicht ausreichend bevollmächtigt gewesen. Die Klägerin stützte sich auf eine E-Mail von L. vom Justizvollzug des Kantons Zürich, in welchem diese der Klägerin mitteilte, der Beklagte habe eine Vollmacht für das Sozialzentrum Dorflinde unterschrieben. Der Beklagte hat indessen die Erteilung der Vollmacht an M. nicht selber erklärt und es liegt auch keine schriftliche Ermächtigung in den Akten. Insofern gelingt es der beweisbelasteten Klägerin nicht, die Vertretungsmacht zu beweisen (vgl. BSK OR I-Watter, a.a.O., Art. 32 N 35). Ein Wille des Beklagten, welcher auf die Einsetzung von M. als Botin schliessen lassen würde, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

4.2.3. Der Beklagte hat indes zu keinem Zeitpunkt etwas gegen die Weitervermietung der Wohnung unternommen oder geltend gemacht, das Mietverhältnis bestehe weiterhin bzw. er wolle im Mietobjekt bleiben. Vielmehr brachte er vor, wäre er orientiert gewesen, hätte er die notwendigen Vorkehrungen getroffen und entweder eine Nachmeterschaft gesucht und/oder aus wichtigem Grund gekündigt. Zudem führte er aus, man hätte schneller eine neue Mieterschaft finden müssen. Somit geht auch der Beklagte von der Beendigung des Mietverhältnisses aus. Die Aufhebung des Mietvertrags lag denn auch in seinem Interesse, zumal er dadurch von der Pflicht zur Bezahlung weiterer Mietzinse entbunden und somit die Anhäufung weiterer Schulden verhindert wurde. Die Handlungen von M. sind daher integral als genehmigt anzusehen und es ist vom Vorliegen eines Aufhebungsvertrags per 12. Dezember 2013 auszugehen. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass es sich beim Mietobjekt zu diesem Zeitpunkt um eine Familienwohnung gehandelt hat. Auch der Beklagte bestreitet lediglich mit Nichtwissen, dass seine damalige Ehefrau zu diesem Zeitpunkt nicht (mehr) im Mietobjekt gewohnt habe. Wäre sie noch dort wohnhaft gewesen, hätte sich nicht das Sozialzentrum

um die Wohnung kümmern müssen. Folglich konnte der Beklagte auch ohne Zustimmung seiner Ehefrau gültig einen Aufhebungsvertrag über das Mietobjekt schliessen.

(...)

6. *Mietzinse Mai bis 12. Dezember 2013*

Die Klägerin fordert vom Beklagten die Bezahlung der Mietzinse für die Zeit von Mai bis Dezember 2013. Der Beklagte bestritt nicht, dass die Mietzinse nicht bezahlt worden sind. Wie ausgeführt, wurde das Mietverhältnis per 12. Dezember 2013 aufgehoben. Der Beklagte hat der Klägerin somit für den Zeitraum von Mai bis 12. Dezember 2013 Mietzins in der Höhe von monatlich Fr. 1'155.– zu bezahlen (Art. 253 OR).

7. *Schadenersatz*

7.1. Die Klägerin fordert vom Beklagten Schadenersatz für die Zeitdauer Dezember 2013 bis Februar 2014 im gleichen Umfang wie der Mietzins. Sie führte aus, nach Auszug des Beklagten aus den Mieträumlichkeiten habe die Verwaltung sofort begonnen, die Wohnung auf "homegate.ch" auszuscriben. Aufgrund der Bemühungen der Verwaltung sei es gelungen, die Wohnung per 1. März 2014 neu zu vermieten. Der Klägerin könne kein Vorwurf gemacht werden, die Wohnung nicht früher vermietet zu haben. Es sei üblich, dass es dafür zwei Monate brauche, insbesondere unter Berücksichtigung der Weihnachts- und Neujahrstage. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei lediglich dann die Schadenminderungspflicht verletzt, wenn die Vermieterschaft es absichtlich unterlassen habe, die neue Vermietung in die Wege zu leiten.

7.2. Der Beklagte führte aus, richtig sei, dass die weiteren zwei, drei Monate ab November als Schadenersatz deklariert werden müssten. Er gehe davon aus, dass viel schneller eine neue Mieterschaft hätte gefunden werden müssen. Insofern treffe die Vermieterin eine Schadenminderungspflicht, zumal sie gewusst habe, dass sich der Beklagte im Gefängnis befunden habe. Sie hätte bis spätestens Ende Januar eine neue Mieterschaft finden können. An anderer Stelle führt der

Beklagte aus, bei einer Miethöhe von Fr. 1'165.– [recte: Fr. 1'155.–] sei es angesichts der heutigen Wohnungsknappheit in der Stadt Zürich sogar ohne Weiteres möglich, sofort eine Nachmeterschaft zu stellen.

7.3. Der Mieter, dessen Vertrag wegen Zahlungsverzugs vorzeitig aufgelöst wurde, schuldet dem Vermieter Schadenersatz, denn der Zahlungsverzug, der zur vorzeitigen Vertragsauflösung geführt hat, stellt eine Vertragsverletzung dar (Art. 97 i.V.m. Art. 257c OR). Geschuldet ist das Erfüllungsinteresse (positives Interesse). Der Vermieter hat Anspruch auf eine Entschädigung, die den vertraglich vereinbarten Mietzinsen entspricht, die er aufgrund der vorzeitigen Vertragsauflösung nicht erhältlich machen konnte, das heisst während der Dauer von der vorzeitigen Beendigung des Mietvertrags bis zum Zeitpunkt, zu welchem die Mietsache objektiverweise hätte weitervermietet werden können, höchstens aber bis zum ersten ordentlichen Kündigungstermin (BGE 127 III 548 E. 5, Originaltext französisch, auf deutsch übersetzt und publ. in: MRA 5/01 S. 159 ff.). Den Vermieter trifft aber eine Schadenminderungspflicht (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 44 OR). Er ist verpflichtet, sich um die Weitervermietung zu bemühen und den Schaden möglichst klein zu halten. Entsprechend wird die geschuldete Entschädigung um die Mietzinseinnahmen verringert, die der Vermieter bei aktiver Suche nach einem Mietnachfolger hätte erzielen können. Der Vermieter trägt die Beweislast für die Dauer, während der die Wohnung nicht weitervermietet werden konnte (BGE 127 III 548 E. 5 f.; Lachat/Spirig, a.a.O., S. 548).

7.4. In casu liegt keine Vereinbarung über die Schadenersatzansprüche aufgrund der Vertragsbeendigung vor. Hintergrund der Beendigung des Mietverhältnisses bildete der unbestrittene Zahlungsverzug des Beklagten. Somit ist davon auszugehen, dass die Klägerin im Zuge des Aufhebungsvertrags nicht auf ihre Ansprüche in Zusammenhang mit dem Zahlungsverzug verzichtet hat. Eine abweichende Parteiabrede ist weder behauptet noch ersichtlich. Nach Vertrauensprinzip ist ein Verzicht der Klägerin nicht anzunehmen, denn schon die Aufhebung des Vertrags ohne Elimination der Schadenersatzpflicht des Beklagten bedeutete für diesen eine erhebliche Besserstellung im Vergleich zur Aufrechterhaltung des Vertrags. Der Beklagte schuldet daher das positive Erfüllungsinteresse über den

12. Dezember 2013 hinaus. Die Klägerin traf jedoch eine Schadenminderungspflicht analog jener im Falle einer Kündigung gemäss Art. 257d OR.

7.5. Der Wohnungsmietvertrag war drei Monate im Voraus auf Ende März und Ende September kündbar. Demzufolge wäre der nächste ordentliche Kündigungstermin nach der Vertragsaufhebung der 31. März 2014 gewesen. Die Wohnung wurde per 1. März 2014 weitervermietet.

7.6. Ab der Rückgabe des Mietobjekts am 12. Dezember 2013 wäre die Klägerin verpflichtet gewesen, aktiv einen Nachmieter zu suchen. Die von ihr geltend gemachten Suchbemühungen wurden nicht belegt, insbesondere reichte die Klägerin ihr Inserat auf "homegate.ch" nicht ins Recht. Der Rechnung des Malers Q sowie der "Spesenabrechnung Hauswarte" ist zu entnehmen, dass die Instandstellungsarbeiten am 29. Januar 2014 beendet waren und das Mietobjekt zur Weitervermietung bereit war. Die Klägerin vermag vor diesem Hintergrund nicht darzutun, dass eine frühere Vermietung des streitgegenständlichen Mietobjekts nicht möglich gewesen wäre. Vielmehr kann – auch unter Berücksichtigung der Festtage – von einer möglichen Weitervermietung per 1. Februar 2014 ausgegangen werden. Der Beklagte schuldet somit der Klägerin Schadenersatz in der Höhe des ehemaligen Mietzinses von monatlich Fr. 1'155.– für den Zeitraum vom 13. Dezember 2013 bis 31. Januar 2014.

(...)

10. Mängel bei der Wohnungsrückgabe

(...)

10.7. Ersatz WC-Sitz und Zahngläser

10.7.1. Die Klägerin fordert vom Beklagten Fr. 27.50 für den Ersatz des WC-Sitzes sowie zweier Zahngläser (act. 26 S. 3). Der ursprüngliche WC-Sitz und die zur Vorrichtung passenden Zahngläser seien bei Mietantritt vorhanden gewesen. Bei Beendigung des Mietverhältnisses sei ein zu kleiner WC-Sitz hinterlassen worden, welcher nicht zur Marke Geberit gepasst habe. Die Zahngläser seien viel

zu klein und sowohl im Volumen als auch in der Grösse nicht zum Mietobjekt passend gewesen. Deshalb seien sowohl der WC-Sitz als auch die Zahngläser ersetzt worden. Dies zähle zum kleinen Unterhalt, welcher zu Lasten des Mieters gehe.

10.7.2. Der Beklagte bestritt nicht, dass der WC-Sitz und die beiden Zahngläser nicht mehr im Original vorhanden waren. Es sei bekannt, dass der Mieter, sobald solche Sachen kaputt gingen, gehalten sei, diese zu ersetzen. Er bestreite jedoch, dass diese Gegenstände von Seiten der Klägerin hätten ersetzt werden müssen, zumal sie ihre Funktion erfüllt hätten.

10.7.3. Der sog. kleine Unterhalt ist Pflicht und Recht des Mieters (Art. 259 OR). Ihm steht daher auch die Wahl zu, wie er dieser Pflicht nachkommt, solange sich seine Massnahmen nicht als vertragswidrig erweisen, etwa weil sie den ordnungsgemässen Gebrauch einer Vorrichtung beeinträchtigen (ZK-Higi, Art. 259 N 35). Es obliegt der Klägerin, zu beweisen, dass die Ersatzbeschaffungen des Beklagten nicht passend waren und ein diesbezüglicher Mangel vorlag, was sie jedoch unterlassen hat (...), so dass die Klage in diesem Punkt abzuweisen ist.

(...)."

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2016, 26. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

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