

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170068-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 15. Januar 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. November 2017 (ER170182)

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ GmbH (Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin, fortan Berufungsklägerin) mietete mit Vertrag vom 3. November 2016 von B._____ (Gesuchsteller und Berufungsbeklagter, fortan Berufungsbeklagter) Gewerberäumlichkeiten (Club im UG, Bar im EG und Büros im 2. OG) in der Liegenschaft C._____ - Strasse ... / D._____ - Strasse ... in ... Zürich zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 22'395.35 (act. 3/1). Dieses Mietverhältnis wurde vom Berufungsbeklagten zufolge Zahlungsverzugs mit amtlich genehmigtem Formular vom 25. August 2017 per 30. September 2017 gekündigt (act. 3/7).

1.2. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2017 (Datum Poststempel) gelangte der Berufungsbeklagte an das Einzelgericht Audienz am Bezirksgericht Zürich (fortan Vorinstanz) und verlangte unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Ausweisung der Berufungsklägerin (act. 1). Die Vorinstanz lud die Parteien zur Verhandlung auf den 2. November 2017 vor (act. 4). Zur Verhandlung erschien der Berufungsbeklagte mit seinem Rechtsvertreter. Für die Berufungsklägerin ist unentschuldigt niemand erschienen (Prot. VI S. 3 ff.). Nach durchgeführter Verhandlung erliess die Vorinstanz das Urteil vom 2. November 2017; sie hiess das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungsklägerin, die Gewerberäumlichkeiten an der C._____ - Strasse ... / D._____ - Strasse ... in ... Zürich zu räumen und dem Berufungsbeklagten ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 6 = act. 9 S. 5).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob die Berufungsklägerin bei der Kammer mit Eingabe vom 20. November 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung (act. 10; act. 7b). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-7). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann auf die Einholung einer Berufungsantwort des Berufungsbeklagten verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ihm ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid

das Doppel der Berufungsschrift zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz (fristgemäss) schriftlich und begründet einzureichen. Gemäss Art. 310 ZPO kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Dabei ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast). Die Berufung erhebende Partei muss sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen; ein blosser Verweis auf die Vorakten genügt nicht (ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 311 N 36 f.). Bei Laien werden an die Begründung des Rechtsmittels zwar minimale Anforderungen gestellt. Es muss jedoch wenigstens rudimentär dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (vgl. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011). Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (vgl. Art. 317 ZPO).

3.

3.1. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen sowie die Art. 257d OR, Art. 266l Abs. 2 OR und Art. 641 ZGB als rechtliche Grundlage für das vorliegende Ausweisungsverfahren zutreffend dar (vgl. act. 9 S. 2 f.). Diese Erwägungen blieben zu Recht unangefochten, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann. Gestützt auf diese Ausführungen begründet die Vorinstanz ihren Ausweisungsentscheid damit, dass die Parteien nach unbestritten gebliebener Sachdarstellung im Gesuch am 3. November 2016 rückwirkend per 1. September 2016 einen Mietvertrag geschlossen hätten. Mit Schreiben vom 21. Juli 2017 habe der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin für ausstehende

Mietzinszahlungen gemahnt und ihr eine dreissigtägige Frist zur Begleichung der Ausstände angesetzt, mit der Androhung der ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses bei unbenütztem Fristablauf. Innert Frist habe die Berufungsklägerin die ausstehenden Mietzinsen nicht vollständig beglichen, woraufhin der Berufungsbeklagte am 25. August 2017 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 30. September 2017 gekündigt habe. Mit der genannten Kündigung seien die Formen sowie Fristen von Art. 257d OR und Art. 266I OR eingehalten und das Mietverhältnis gültig per 30. September 2017 aufgelöst worden. Ungeachtet dessen habe die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten das Mietobjekt bis heute nicht ordnungsgemäss übergeben, sondern darüber hinaus noch einen Lagerraum im UG des Gebäudes unberechtigt in Beschlag genommen. Hinsichtlich Letzterem habe weder ein Mietverhältnis noch eine andere dingliche oder obligatorische Berechtigung der Berufungsklägerin bestanden. Der Berufungsbeklagte habe seinen Rückgabeanspruch folglich zu Recht auf Art. 641 Abs. 2 ZGB gestützt und die Berufungsklägerin befinde sich heute ohne Rechtsgrund im Lagerraum (act. 9 S. 2 ff.).

3.2. Die Berufungsklägerin führt zusammengefasst an, der Berufungsbeklagte und sie hätten sich mitten in Verhandlungen über die Weiterführung des Mietverhältnisses befunden. Es seien noch Kleinigkeiten zu bereinigen gewesen und vereinbart worden, dass der Berufungsbeklagte die laufenden gerichtlichen Verfahren zurückziehe bzw. vereinbarungsgemäss sistiere, bis eine Lösung gefunden werde. Sie (die Berufungsklägerin) habe sich aus diesem Grunde nicht veranlasst gesehen, an der Verhandlung vor Vorinstanz teilzunehmen; sie sei davon ausgegangen, die Sache sei erledigt. Der Berufungsbeklagte habe im Vorfeld der Verhandlungen extra noch eine neue Gesellschaft übernommen, mit welcher der Mietvertrag in Zukunft hätte weitergeführt werden sollen. Zu ihrem Erstaunen habe der Berufungsbeklagte die Verhandlung vor Vorinstanz nicht abgesagt, zurückgezogen oder zumindest sistiert. Er verhalte sich gegen Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Zu erwähnen sei noch, dass eine Kautionshöhe von Fr. 200'000.00 bestehe, welche die offenen Mietzinsen mehr als abdecke. Man sei sich einig gewesen, dass diese mit den offenen Mietzinsen verrechnet werde.

Somit liege kein Sachverhalt des klaren Rechts vor und das vorinstanzliche Urteil sei ohne Weiteres aufzuheben (act. 10 S. 2 f.).

3.3. Die Berufungsklägerin war ordnungsgemäss zur Verhandlung vor Vorinstanz vorgeladen worden und ist zu dieser unentschuldig nicht erschienen (act. 4-5; Prot. VI S. 3). Sämtliche ihre Vorbringen und Belegeinreichungen im Berufungsverfahren stellen damit Noven dar. Es wird von der Berufungsklägerin weder konkret geltend gemacht noch ist ersichtlich, dass sie die neuen Behauptungen und Belege trotz zumutbarer Sorgfalt vor Vorinstanz nicht vorbringen konnte (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch wenn sie der Meinung war, der Berufungsbeklagte und sie hätten sich geeinigt, hätte sie dies der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung mitteilen können und müssen. Solange das Gericht eine Verhandlung nicht absagt, müssen die Parteien davon ausgehen, dass sie stattfindet und das Verfahren weitergeführt wird. Die im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen und neu eingereichten Belege haben daher im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt zu bleiben (vgl. oben Erw. 2.).

Der Vollständigkeit halber ist zu der von der Berufungsklägerin behaupteten Vereinbarung mit dem Berufungsbeklagten und der erwähnten Mietzinskaution noch das Folgende anzufügen: Die Berufungsklägerin beanstandet die vorinstanzlichen Erwägungen nicht und macht insbesondere nicht geltend, dass sie die ausstehenden Mietzinsen innert Frist vollständig beglichen habe. Sie verweist jedoch darauf, dass der Berufungsbeklagte und sie einig gewesen seien, die Mietkaution mit den offenen Mietzinsen zu verrechnen. Art. 257d Abs. 1 OR wird durchwegs so verstanden, dass die Zahlung der abgemahnten Mietzinsen innert der Frist von 30 Tagen erfolgt sein muss. Am letzten Tag der Frist muss die gesamte ausstehende Leistung erbracht oder sonst wie getilgt worden sein. Der fristgerechten Zahlung der offenen Mietzinsen grundsätzlich gleichgestellt ist die Verrechnung resp. die Übereinkunft der Mietvertragsparteien, dass die geleistete Sicherheit zur Deckung der Rückstände heranzuziehen ist (ZK OR-Higi, 3. A., Bd. V/2b, Zürich 1994, Art. 257d N 10, 26 und 40; Lachat et. al., 9. A., Zürich 2016, S. 302 f. und 712; SVIT-Kommentar, 3. A., Zürich 2008, S. 130 f., 135 und 152 f.). Die von der Berufungsklägerin neu eingereichten und im Berufungsverfahren nicht mehr zu be-

rücksichtigenden Vereinbarungen weisen unter anderem Passagen betreffend den Rückzug gegenseitiger Klagen der Parteien sowie die Verrechnung der Mietkaution mit den ausstehenden Mietzinsen resp. Kosten auf. Die Dokumente enthalten jedoch weder ein Datum noch eine Unterschrift der (Miet-)Parteien (act. 12/2-3). Aus der eingereichten Bestätigung vom 17. November 2017 geht einzig hervor, dass die Parteien sich in Vertragsverhandlungen befunden hätten und vereinbart gewesen sei, dass der Berufungsbeklagte "die Verfahren" zurückziehe (act. 12/4). Eine Tilgung der ausstehenden Mietzinse innert der nach Art. 257 Abs. 1 OR gesetzten Frist als auch eine zwischen den Mietvertragsparteien zustande gekommene Übereinkunft ist damit nicht belegt. Der Berufung könnte folglich auch bei Berücksichtigung der im Berufungsverfahren vorgebrachten Noven kein Erfolg beschieden werden.

3.4. Zusammengefasst ist die Berufung der Berufungsklägerin folglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 2. November 2017 (Geschäfts-Nr. ER170182-L) ist zu bestätigen.

4.

4.1. Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung bei der Vorinstanz am 6. Oktober 2017 ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 22'395.35 (vgl. act. 1 S. 3 und act. 3/1) ergibt sich ein Streitwert von Fr. 134'372.10.

4.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich gestützt auf den Streitwert sowie unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG) im summarischen Verfahren auf die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend rechtfertigt es sich, die reduzierte Gebühr auf Fr. 2'500.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ihr sind die Kosten aufzuerlegen. Dem Be-

rufungsbeklagten ist mangels erheblicher Umtriebe im zweitinstanzlichen Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 2. November 2017 (Geschäfts-Nr. ER170182-L) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von act. 10, sowie an das Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht Audienz), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 134'372.10.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: