

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 20. Mai 2014

in Sachen

1. **A.** _____,
 2. **B.** _____ **AG**,
- Beklagte und Berufungskläger,

gegen

C. _____,
Kläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch **D.** _____ **AG**,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. April 2014 (ER140018)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 1):

"Es sei den Gesuchsgegnern zu befehlen, die Gewerberäumlichkeiten Werkstatt/Werkhalle inkl. Nebenräume an der ... [Adresse], zu verlassen, unter Ansetzung einer kurzen Frist und Androhung des Zwangsvollzuges, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegner."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. April 2014:

1. Die Beklagten werden verpflichtet, die Gewerberäumlichkeiten Werkstatt/Werkhalle inkl. Nebenräume an der ..., unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Oberwinterthur wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen des Klägers, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Der Kläger hat die Vollzugskosten vorzuschliessen, doch sind sie ihm von den Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- wird vom Kläger bezogen, ist ihm aber von den Beklagten unter solidarischer Haftung zu ersetzen.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 200.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

(act. 11 = act. 15)

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (act. 16 sinngemäss):

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen.

Erwägungen:

1. Auf Begehren des Klägers befahl das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Beklagten mit Urteil vom 7. April 2014, die Gewerberäumlichkeiten Werkstatt/Werkhalle inkl. Nebenräume an der ..., unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 15).

2. Hiergegen erhoben die Beklagten rechtzeitig "Einsprache" und ersuchen sinngemäss um Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Sie erklären, die drei fraglichen Zahlungen seien erfolgt, was im Urteil angezweifelt werde. Ausserdem sei der Streitwert falsch berechnet worden. Es könnten höchstens vier Monate "auflaufen", da der Auszug schon weit fortgeschritten sei und sie allerspätestens im Verlaufe des Monats Mai am neuen Ort einziehen würden. Schliesslich sei das Mietobjekt erst durch Investitionen von Fr. 15'000.-- in die Einfahrtsrampe und die elektrische Anlage nutzbar geworden. Diesen Betrag würden sie dem Kläger in "Gegenrechnung" stellen (act. 16).

3. Gemäss Praxis der Kammer zur neuen Zivilprozessordnung schadet die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels nicht. Die als "Einsprache" betitelte Eingabe der Beklagten ist somit als Berufung entgegenzunehmen und zu behandeln (Art. 308 ff. ZPO).

4.a) Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Zahlungsverzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 15 S. 3). Diese erwog ferner zutreffend, dass die Kündigung form- und fristgemäss erfolgte: Mit Schreiben vom 10. Dezember 2013 setzte der Kläger den Beklagten eine Frist von 30 Tagen an zur Begleichung der Mietzinse für die Monate November und Dezember 2013 in der Höhe von je Fr. 8'120.-- zuzüglich Fr. 20.-- Mahnspesen, insgesamt Fr. 16'260.--, unter Androhung der Kündigung nach Art. 257d OR nach unbenütztem Ablauf (act. 3/2-3). Dass dabei zweimal Fr. 8'120.-- (plus Mahngebühr) und nicht zweimal die im Mietvertrag ausgewiese-

nen Fr. 6'120.-- gemahnt wurden, ist entgegen der Vorinstanz kaum ein Versehen (act. 3/1 und 15 S. 4). Vielmehr ist von einer Mietzinsanpassung auszugehen, denn im eingereichten Kontoauszug vom 1. Januar 2013 bis zum 12. Februar 2014 sind für das betreffende Objekt unter der Position "Soll" stets Fr. 8'120.-- verbucht und von den Beklagten (teilweise) auch bezahlt worden (act. 3/9). Diese monieren denn auch nicht, der Kläger habe den Ausstand nicht richtig bezeichnet (act. 7 und 16). Da die reklamierten Mietzinse ferner klar ausgeschieden wurden, kann offen bleiben, ob die Mahnspesen Teil des Mietzinses sind und damit ebenfalls innert Frist zu zahlen waren. Die Zahlungsaufforderungen wurden den Beklagten am 18. und 19. Dezember 2013 zugestellt (act. 3/4-5). Die Beklagten liessen die Zahlungsfrist ungenutzt verstreichen, worauf der Kläger das Mietverhältnis am 21. Januar 2014 unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 28. Februar 2014 kündigte (act. 3/6 und /8). Für die Zustellung der Kündigung gilt die uneingeschränkte Empfangstheorie. Eine Kündigung ist daher wirksam an dem Tag zugestellt, an dem es dem Empfänger nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, die Sendung abzuholen. In der Regel ist dies der Tag nach Einwurf des Abholzettels in den Briefkasten (SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Art. 257d N 37). Gemäss der Vorinstanz ist die Kündigungsfrist gewahrt, was von den Beklagten nicht in Frage gestellt wird und sich im Übrigen mit den auf der Internetseite der Post anhand der Einschreibenummern auf den Kündigungen abgerufenen Sendungsverfolgungen deckt (act. 15 S. 4 f., act. 7 und 16). Der Einwand der Beklagten, die Kündigung sei erst Ende Januar bei ihnen eingetroffen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, weil es auf die tatsächliche Entgegennahme wie gesehen nicht ankommt (act. 7).

b) Vor Vorinstanz machten die Beklagten geltend, die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichts Winterthur angefochten zu haben. Dieses Verfahren wurde inzwischen mit Beschluss vom 28. April 2014 abgeschrieben (act. 10/5 = act. 13). Die Beklagten brachten in ihrem Schlichtungsgesuch einzig vor, sie hätten die Ausstände im Januar und Februar 2014 getilgt (act. 10/1-2). In der Berufungsschrift verweisen sie auf eine Bestätigung des Klägers vom 26. Februar 2014, wonach die fraglichen drei Zahlungen erfolgt seien, was im Urteil ja angezweifelt werde (act. 16 und 18). Wollen die Beklagten damit geltend

machen, sie hätten sich im Zeitpunkt der Kündigung nicht (mehr) im Zahlungsverzug befunden, so ist dies nicht stichhaltig. Denn die Vorinstanz stellte nicht die Zahlungen an sich in Frage, sondern erachtete sie zu Recht als verspätet bzw. unvollständig. Die Zahlungsaufforderungen gingen den Beklagten am 18. und 19. Dezember 2013 zu. Erfolgt die Zustellung nicht an alle Mieter gleichzeitig, ist der Empfang der zuletzt eingetroffenen Mitteilung für die Fristberechnung massgebend. Die 30-tägige Zahlungsfrist endete damit unter Berücksichtigung des Fristenstillstands am Wochenende am 20. Januar 2014 (Art. 77 f. OR; SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257d N 28 ff.). Zur Abwendung der Kündigung hätten die Beklagten die Ausstände bis zu diesem Datum begleichen müssen. Mit ihren Überweisungen bekundeten sie zwar ihren guten Willen, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Dies ändert aber nichts daran, dass insbesondere die Zahlungen vom Februar erst nach Fristablauf erfolgten. Das Schreiben des Klägers vom 26. Februar 2014 hätten die Beklagten bereits vor Vorinstanz zusammen mit ihrer Stellungnahme vom 28. März 2014 einreichen können und müssen. Weshalb sie dies unterlassen haben, tun sie nicht dar. Es handelt sich somit um ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Dieser Einschränkung des Novenrechts steht der soziale Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 ZPO nicht entgegen (BGE 138 III 625 E. 2.2), wobei dieser ohnehin nur für die im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu beurteilenden mietrechtlichen Streitigkeiten vorgeschrieben ist und nicht für den im summarischen Verfahren gewährten Rechtsschutz in klaren Fällen. Aber selbst wenn das Schreiben im Berufungsverfahren zu berücksichtigen wäre, wäre es unbehelflich, bestätigt es doch explizit, dass die Zahlungen verspätet sind.

c) Sodann stellen die Beklagten dem Kläger Fr. 15'000.-- für getätigte Investitionen in die Gewerberäumlichkeiten in "Gegenrechnung" (act. 16). Unklar bleibt, womit sie verrechnen wollen. Sollten sie, wie aus der Berufungsschrift geschlossen werden könnte, irrtümlich annehmen, sie würden dem Kläger den Streitwert schulden und ihre Gegenforderung damit verrechnen wollen, so ist Folgendes anzumerken: Als Streitwert im Ausweisungsverfahren gilt der Wert der Nutzung des Mietobjekts für die streitige Dauer; es handelt sich mithin nicht um eine Geldschuld. Er dient – nebst anderen Faktoren – der Festsetzung der Pro-

zesskosten und bestimmt die Zuständigkeit einer Instanz oder die Zulässigkeit eines Rechtsmittels. Dessen ungeachtet handelt es sich bei der Verrechnungserklärung ebenfalls um ein neues Vorbringen, mit welchem die Beklagten im Berufungsverfahren ausgeschlossen sind. Aber auch die Zulassung der Erklärung würde zu keiner anderen Beurteilung führen. Eine gültige Verrechnung bewirkt die Tilgung der Forderung, weshalb diesfalls eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs ungültig wäre. Wenn die Mieterschaft allerdings mit der Bezahlung des Mietzinses im Rückstand ist, muss sie die Verrechnung innerhalb der Zahlungsfrist von Art. 257d Abs. 1 OR erklären. Eine verspätete Verrechnung kann die ausserordentliche Kündigung nicht mehr verhindern (SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257d N 19). Weder machen die Beklagten geltend noch ergibt sich aus den Akten, dass innerhalb der vom Kläger angesetzten Frist eine gültige Verrechnungseinrede erhoben worden ist. Die nunmehr abgegebene Erklärung erfolgt zu spät und vermag weder den relevanten Zahlungsrückstand noch die ausserordentliche Kündigung aufzuheben. Ob die Verrechnungsforderung im Übrigen genügend substantiiert ist, erscheint zumindest fraglich, kann aber offen bleiben.

d) Die Beklagten erklären schliesslich, der Auszug sei weit fortgeschritten und sie würden allerspätestens im Verlaufe des Mais am neuen Ort einziehen (act. 16). Damit bringen sie zum Ausdruck, dass sie eine Ausweisung als unnötig erachten, da sie das Mietobjekt ohnehin in Kürze verlassen würden. Diese Einwendung ist unerheblich. Der in Aussicht gestellte Auszug vermag an der gültigen Beendigung des Mietverhältnisses nichts zu ändern und bietet demnach keinen Grund für einen Aufschub. Auch ihre vor Vorinstanz erhobenen Einwände persönlicher Natur – es sei schwierig, in derart kurzer Zeit neue Räumlichkeiten zu finden – sind unerheblich (act. 7).

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Mietvertrag gültig aufgelöst und der Ausweisungsbefehl zu Recht erteilt wurde. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Sollten die Beklagten keine Verrechnung geltend machen, sondern selbständige Gegenansprüche in Höhe von Fr. 15'000.-- erheben wollen, so ist dies nicht Gegenstand des Ausweisungsverfahrens. Hierfür wäre ein Forderungs-

prozess gemäss Zivilprozessordnung anzustrengen, welcher mit einem Schlichtungsgesuch beim zuständigen Friedensrichter einzuleiten wäre. Anzumerken ist aber, dass die Forderung wie erwogen bisher kaum hinreichend begründet und beziffert ist. Ein Begehren muss so bestimmt und bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten beziffert sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteiles erhoben und ohne Weiterungen vollstreckt werden kann (ZK ZPO-Leuenberger, 2. Aufl., Art. 221 N 28).

7. Ausgangsgemäss werden die Beklagten für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Zwar stellen die Beklagten mit dem Schlichtungsgesuch und ihren Einwänden im Berufungsverfahren die Gültigkeit der Kündigung in Frage. Da sie aber zugleich im Wesentlichen um ein Entgegenkommen hinsichtlich ihres Auszugs ersuchen, rechtfertigt es sich, die Streitwertberechnung ohne Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR vorzunehmen. Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 3. Januar 2014 ist mit sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46, online Stand 20. Oktober 2013). Der Ansicht der Beklagten, es könnten in Anbetracht ihres bevorstehenden Umzugs "höchstens 4 x 6'120.-- auflaufen", ist nicht zu folgen. Es wird nicht auf ein behauptetes Auszugsdatum, sondern auf die Dauer bis zur mutmasslichen Räumung abgestellt. Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 8'120.-- – wie dargelegt ist vom angepassten Zins auszugehen – ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 48'720.--.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. April 2014 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.-- festgesetzt und den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 16, an das Stadtammannamt Oberwinterthur sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 48'720.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: