

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 22. Juli 2013

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger,

gegen

C._____ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juni 2013 (ER130093)

Rechtsbegehren:

"Es sei den Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, das eingangs erwähnte Mietobjekt [Gewerberaum im 3. OG an der ...strasse ... in ... Zürich] unverzüglich zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss zu übergeben,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

(act. 1 S. 1)

**Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich
vom 4. Juni 2013:**

- "1. Die beklagten Parteien werden verpflichtet, den Gewerberaum, im 3. OG der Liegenschaft ...strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der klagenden Partei die Verpflichtung der beklagten Parteien gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der klagenden Partei vorzuschüssen. Sie sind ihr aber von den beklagten Parteien unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'700.00 wird von der klagenden Partei bezogen, ist ihr aber von den beklagten Parteien unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
4. Der klagenden Partei wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung"

(act. 20 S. 6 f.)

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (act. 17 sinngemäss):

"Das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juni 2013 sei aufzuheben und es sei infolge Illiquidität auf die Klage nicht einzutreten."

Erwägungen:

1.

1.1. A._____ und B._____ (Beklagte und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) mieteten mit Vertrag vom 25. April 2007 von der D._____ AG einen Gewerberaum inklusiv Toilettenanlage im 3. Obergeschoss der Liegenschaft an der ...strasse .. in ... Zürich (act. 2/1). Dieses Mietverhältnis wurde von der C._____ AG (Klägerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) als Rechtsnachfolgerin der D._____ AG (act. 2/2) mit amtlich genehmigtem Formular vom 25. März 2013 per 30. April 2013 gekündigt (act. 2/6a und act. 2/6b).

1.2. Mit Klage vom 2. Mai 2013 gelangte die Berufungsbeklagte an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und verlangte im summarischen Verfahren unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Ausweisung der Berufungskläger (act. 1). Am 4. Juni 2013 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 3 ff.). Mit Urteil vom 4. Juni 2013 hiess das Einzelgericht das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungskläger, den Gewerberaum im 3. Obergeschoss der Liegenschaft ...strasse ... in ... Zürich unverzüglich zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 11 = act. 16).

1.3. Gegen dieses Urteil erhoben die Berufungskläger mit undatierter Eingabe, bei der Kammer eingegangen am 10. Juli 2013, Berufung (act. 17). Sie beantragen sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und das Nichteintreten auf das Ausweisungsbegehren. Gleichzeitig verlangen sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (Aufschub der Vollstreckbarkeit).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-14). Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen. Insbesondere wurde auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren zugelassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

2.2. Die Berufung wurde schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungskläger sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Indes stellt sich die Frage, ob die Berufung rechtzeitig erfolgte:

Das vorinstanzliche Urteil wurde der Berufungsklägerin 1 am 27. Juni 2013 und dem Berufungskläger 2 am 26. Juni 2013 zugestellt (act. 13 und act. 14). Die zehntägige Frist zur Erhebung der Berufung begann demnach je am darauffolgenden Tag zu laufen. Sie lief für die Berufungsklägerin 1 bis zum 7. Juli 2013 (Sonntag) beziehungsweise für den Berufungskläger 2 bis zum 6. Juli 2013 (Samstag) und verlängerte sich für beide bis zum darauffolgenden Montag, 8. Juli 2013 (Art. 142 ZPO). Zur Einhaltung einer Frist müssen Eingaben spätestens am letzten Tag beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post übergeben worden sein (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die vorliegende Berufung wurde gemäss Poststempel am 9. Juli 2013 zur Post gegeben. Damit wäre sie verspätet. Da der unbenützte Ablauf der Berufungsfrist zum Untergang des Anspruchs auf Beurteilung der Streitsache durch die Rechtsmittelinstanz führt (vgl. etwa: ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 14), wäre auf die Berufung mangels Rechtzeitigkeit nicht einzutreten. Den Berufungsklägern steht es indes offen, die Prozessvoraussetzung der rechtzeitigen Übergabe andersweitig nachzuweisen, beispielsweise durch Zeugen (BGE 109 Ia 183). Auf der Rückseite des Briefumschlages der Berufungsschrift haben die Berufungskläger die Zeugen E._____, ... [Adresse], und F._____, ... [Adresse], aufgeführt,

welche mit ihrer Unterschrift den Einwurf des Briefumschlages an der Poststelle Zürich/... am Montag, 8. Juli 2013, um 23.56 Uhr, bestätigen (act. 17). Nach der Praxis der Kammer hat der Nachweis mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift dabei dem Regelbeweismass des strikten Beweises zu genügen, weshalb grundsätzlich von Amtes wegen zwecks Abklärung der Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels die Durchführung eines Beweisverfahrens und zum Hauptbeweis des Rechtsmittelklägers die Einvernahme der Zeugen angeordnet wird (vgl. O-GerZH LC110035, Beschlüsse vom 27. September 2011).

Würde vorliegend ein Beweisverfahren durchgeführt, würden dadurch zusätzliche (unnötige) Prozesskosten generiert, welche die Rechtsmittelkläger als Verursacher unabhängig vom Verfahrensausgang zu tragen hätten (Art. 108 ZPO). Wenn nun ein Beweisverfahren durchgeführt würde und den Rechtsmittelklägern der Beweis der Rechtzeitigkeit der Berufung gelingt, so dass auf die Berufung einzutreten wäre, wäre sie – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – dennoch abzuweisen. Ob ein Beweisverfahren durchgeführt wird oder nicht, gereicht der Rechtsmittelbeklagten somit nicht zum Nachteil. Aus diesem Grund ist zur Vermeidung unnötiger Kosten zu Gunsten der Rechtsmittelkläger anzunehmen, der Beweis liesse sich erbringen, und ausnahmsweise auf die Durchführung des Beweisverfahrens zu verzichten.

2.3. Im Weiteren kommt der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend erweist sich das Gesuch der Berufungskläger um Vollstreckungsaufschub als obsolet, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die allgemeinen rechtlichen Grundlagen des Ausweisungsverfahrens sowie die Voraussetzungen für eine gültige Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR detailliert dar (vgl. act. 16 S. 4 f.). Sie blieben zu Recht unangefochten, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann.

3.2. Die Vorinstanz begründete ihren Ausweisungsentscheid mit dem Umstand, dass die Berufungsbeklagte mit der Zahlungsaufforderung vom 12. Februar 2013 und der Zahlungsverzugskündigung vom 25. März 2013 die gesetzlichen Formen und Fristen eingehalten und das Mietverhältnis gültig per 30. April 2013 aufgelöst habe. Die Berufungskläger würden sich daher ohne Rechtsgrund im Mietobjekt befinden (act. 16 S. 5). Sie erwog im Einzelnen, aus der zu den Akten gereichten Abzahlungsvereinbarung vom 21. Dezember 2011 gehe hervor, dass die Berufungskläger der Berufungsbeklagten ausstehende Mietzinse in Höhe von Fr. 18'187.-- geschuldet hätten. Ausserdem sei eine monatliche Abzahlung in fünf Raten ab 1. Januar 2012 vereinbart und ausdrücklich festgehalten worden, dass die ab diesem Zeitpunkt laufenden Mietzinse weiterhin fristgerecht zu bezahlen seien. In der Folge hätten die Berufungskläger der Berufungsbeklagten gemäss Kontoauszug bis zum 12. Februar 2013 insgesamt Fr. 33'964.75 bezahlt. Das decke zwar die geschuldeten laufenden Mietzinse von Januar 2012 bis Februar 2013 (14 x Fr. 2'306.-- = Fr. 32'284), nicht aber zusätzlich die genannten offenen Mietzinsschulden. Im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vom 12. Februar 2013 habe somit ein Zahlungsausstand in Höhe von mindestens Fr. 16'506.25 bestanden, weshalb die Zahlungsverzugskündigung zulässig sei (act. 16 S. 3 f.).

3.3. Die Berufungskläger bringen im Berufungsverfahren unter Beilage diverser Unterlagen dagegen zusammengefasst vor, es habe kein Mietzinsausstand bestanden. Im Zeitpunkt der Schuldanerkennung seien bereits zwei Mieten à Fr. 2'400.-- bezahlt gewesen und die Berufungsbeklagte habe versichert, das könne nach Vorlage der Quittungen vom vereinbarten Betrag noch abgezogen werden. Eigentlich seien es sogar drei Mieten gewesen, für die dritte Miete fehle es aber an einer Quittung. Sie hätten vom 1. Januar 2012 bis zum 30. Juni 2012 der Berufungsbeklagten Fr. 26'628.75 überwiesen. Sie hätten auch ungerechtfertigte Parkbussen bezahlen und Fr. 2'250.-- für die Wartung der Warenlifte entrichten müssen, obwohl die Wartungsgebühren von der D. _____ AG nicht weitergeleitet worden seien. Es seien Gelder von einem ehemaligen Mitarbeiter der Berufungsbeklagten unterschlagen worden. Zu beachten sei ferner, dass sie die Wohnung selbständig mit einer Toilette/Dusche, Küche und Raumaufteilungen eingerichtet hätten. Der Sachverhalt sei daher nicht liquid (act. 17 S. 2 f.).

3.4. Diesen Ausführungen der Berufungskläger ist zunächst entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz zur Frage des Mietzinsausstandes zu Recht auf die Schuldanerkennung vom 21. Dezember 2011 abgestellt hat. Vor dem Hintergrund dieser Schuldanerkennung ist irrelevant, ob die Forderungen der Berufungsbeklagten ursprünglich zu Recht bestanden haben oder nicht, weil die Berufungskläger die Schuld anerkannt haben und sie die Anerkennung im Grunde auch nicht bestreiten. Damit ist nicht von Belang, ob bis zu diesem Zeitpunkt im Zusammenhang mit dem Lift oder den Parkplätzen allenfalls ungerechtfertigt Gelder eingezogen worden oder Gelder veruntreut worden sind. Die Behauptung, dass *nach* diesem Zeitpunkt in diesem Zusammenhang Gegenforderungen der Berufungskläger gegen die Berufungsbeklagte entstanden sind, welche zur Verrechnung gebracht worden sind, lässt sich den Ausführungen der Berufungskläger im Übrigen nicht entnehmen. Ohne Relevanz für die Gültigkeit der Zahlungsverzugskündigung und die Ausweisung ist im Weiteren das Argument der Berufungskläger, sie hätten die Wohnung selbständig eingerichtet. Demgegenüber trifft aber zu, dass die von den Berufungsklägern bereits vor Vorinstanz geltend gemachten Zahlungen in Höhe von zweimal Fr. 2'400.-- (vgl. Prot. I S. 3, S. 4 und S. 8 f.) und damit ein entsprechend verringerter Schuldbetrag nicht von vornherein unberücksichtigt bleiben können. Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen bereits blosser Behauptungen, die nicht offensichtlich haltlos sind und von der klagenden Partei entkräftet werden können, um den Sachverhalt als illiquid erscheinen zu lassen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1; ZR 110 (2011) Nr. 54 S. 172 f.). Auf Grund der im Berufungsverfahren geltenden Novenbeschränkung (vgl. E. 2.1. vorstehend) nicht berücksichtigt wird allerdings die in der Berufung neu behauptete dritte Zahlung in dieser Höhe. Gleichsam nicht zu berücksichtigen sind die neu eingereichten Quittungen und Abrechnungen (act. 10/2-4), weil sie bereits bei der Vorinstanz in den Prozess hätten eingebracht werden können.

Selbst wenn jedoch von dem in der Schuldanerkennung vom 21. Dezember 2011 (act. 10/2) genannten Schuldbetrag in Höhe von Fr. 18'187.-- der von den Berufungsklägern behauptete Betrag über Fr. 4'800.-- (2 x Fr. 2'400.--) abgezogen wird, hat im Zeitpunkt der Kündigungsandrohung dennoch ein beträchtlicher Ausstand bestanden. Die Mietzinsen von Januar 2012 bis 12. Februar 2013 betragen

Fr. 32'284.-- (14 x Fr. 2'306.--). Ferner haben die Berufungskläger bei der Vorinstanz den Kontoauszug vom 6. Mai 2013 (act. 9/1) in Bezug auf die von ihnen geleisteten Zahlungen ausdrücklich vollständig anerkannt (vgl. Prot. I S. 8). Das bestreiten sie im Berufungsverfahren auch nicht. Ausgehend davon, dass gemäss dieses Auszuges die Berufungskläger in der Zeit von 1. Januar 2012 bis 12. Februar 2013 insgesamt Fr. 33'964.75 bezahlt haben, resultierte im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung auch unter Abzug von Fr. 4'800.-- noch immer ein Ausstand von Fr. 11'706.25. Massgebend ist indes der Ausstand bei Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist. Die Zahlungsaufforderung vom 12. Februar 2013 wurde der Berufungsklägerin 1 am 13. Februar 2013 zugestellt (act. 2/3a und act. 2/4). Demgegenüber holte der Berufungskläger die Sendung nicht ab, weshalb sie als am 7. Tag der von der Post gewährten Abholfrist, nämlich am 20. Februar 2013, als zugestellt gilt (act. 2/3b und act. 2/4; BGE 119 II 147 E. 2). Die dreissigtägige Zahlungsfrist lief somit längstens bis zum 22. März 2013. Dem genannten Kontoauszug kann entnommen werden, dass die Berufungskläger am 20. Februar 2013, am 7. März 2013 und am 18. März 2013 noch insgesamt Fr. 10'000.-- bezahlt haben, wobei sich aus den Akten nicht ergibt, ob dieser Betrag vollständig auf die offenen Schulden oder auch auf den am 1. März 2013 weiteren fälligen Mietzins in Höhe von Fr. 2'306.-- anzurechnen ist (vgl. Art. 86 f. OR). Das kann jedoch offen bleiben, weil auch im für die Berufungskläger günstigeren Fall, dass der Betrag vollständig auf die in der Zahlungsaufforderung abgemahnten Schulden angerechnet wird, der Ausstand innert der Zahlungsfrist nicht vollständig beglichen wurde. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

4.

4.1. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr im Kanton Zürich berechnet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG).

4.2. Die Berufungskläger bestreiten im Rahmen des Ausweisungsverfahrens im Wesentlichen die gültige Auflösung des Mietverhältnisses (vgl. act. 17), weshalb der Streitwert des Berufungsverfahrens dem Mietzins entspricht, der für die Dauer bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin geschuldet ist, gerechnet ab dem bestrittenen Kündigungstermin (30. April 2013; act. 2/6a und act. 2/6b). Dabei ist auch der Kündigungsschutz (Sperrfrist) von drei Jahren gemäss Art. 271a lit. e OR zu berücksichtigen. Der nächstmögliche Kündigungstermin wäre somit der 31. März 2017 (act. 2/1). Demzufolge ist bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'306.-- (vgl. act. 2/1) von einem Streitwert von Fr. 108'382.-- auszugehen.

4.3. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG somit insgesamt auf Fr. 2'000.-- festzusetzen und den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist der Berufungsbeklagten mangels ihr entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juni 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 17, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 108'382.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: