

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150075-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 18. Januar 2016

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

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

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. November 2015 (ER150207)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Gesuchsgegnerin, B.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], sei zu verurteilen, die in den Liegenschaften C.\_\_\_\_\_strasse ... und D.\_\_\_\_\_strasse ..., ... Zürich (Gastronomiebetrieb (Bar) EG und Gastronomiebetrieb (Club) 1. UG und Büroräumlichkeiten 2. OG), befindlichen Mietobjekte, unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das zuständige Stadtammannamt Zürich 4 sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich**

**vom 27. November 2015:**

(act. 12 = act. 15 = act. 17)

- "1. Auf das Gesuch um Ausweisung wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidegebühr von Fr. 5'000.– wird dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'940.– zu bezahlen.

[4.-5. Mitteilung, Rechtsmittel]"

**Berufungsanträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers:**

(act. 16 S. 2)

"Prozessualer Antrag:

Es seien die Akten im Ausweisungs-Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (ER150207) beizuziehen und zum integrierten Bestandteil des vorliegenden Verfahrens zu erklären.

Anträge:

1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 27. November 2015 aufzuheben.
2. Das Gesuch um Ausweisung der Berufungsbeklagten sei gutzuheissen.
3. Die Kosten seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen und dem Berufungskläger eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien schlossen am 21. September 2012 einen Mietvertrag, mit welchem der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) die Räumlichkeiten Gastronomiebetrieb (Club bzw. Bar) im Unter- bzw. Erdgeschoss und Büroräumlichkeiten im zweiten Obergeschoss an der C.\_\_\_\_\_strasse ... und D.\_\_\_\_\_strasse ... in ... Zürich für fünf Jahre an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) vermietete (act. 4/2). Der Gesuchsteller kündigte den Mietvertrag am 6. August 2015 gestützt auf Zahlungsverzug nach Art. 257d OR auf den 30. September 2015 (act. 4/6). Die Gesuchsgegnerin focht die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde Zürich an (vgl. act. 1 S. 3, act. 8 S. 3). Am 30. Oktober 2015 überbrachte der Gesuchsteller dem Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich ein Begehren um Ausweisung der Gesuchsgegnerin aus den genannten Mietobjekten (act. 1).

2. Mit der eingangs angeführten Verfügung vom 27. November 2015 trat das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz) auf das Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 12 = act. 15 = act. 17). Die Verfügung wurde dem Gesuchsteller am 7. Dezember 2015 zugestellt (act. 13a).

3. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2015 (Datum Poststempel; hier eingegangen am 21. Dezember 2015) erhob der Gesuchsteller Berufung gegen die Verfügung vom 27. November 2015 und stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 16).

4. Die Präsidentin der Kammer setzte dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 24. Dezember 2015 Frist an, um für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 3'500.00 zu bezahlen (act. 20). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 21 f.).

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-13). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das

Verfahren ist spruchreif. Allerdings ist der Gesuchsgegnerin mit dem vorliegenden Entscheid noch ein Doppel von act. 16 zuzustellen.

## II.

### 1. Vorbemerkungen:

1.1 Erstinstanzliche Erledigungsentscheide sind mit Berufung nach Art. 308 ff. ZPO anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 vorausgesetzt (Art. 308 Abs. 1 lit. a sowie Abs. 2 ZPO).

Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 127'500.00 aus, entsprechend 6 monatlichen Bruttomietzinsen à Fr. 21'250.00 (act. 15 S. 9; act. 4/2, 4/4). Dem ist, wie bereits zur Verfügung vom 24. Dezember 2015 erwogen wurde, zu folgen, da von einem befristeten Mietverhältnis auszugehen ist, das bis zum Ablauf der Befristung ohnehin nur ausserordentlich gekündigt werden kann (vgl. act. 4/2 S. 2). Die Kündigungssperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR bleibt für die Streitwertberechnung deshalb ohne Belang (vgl. act. 20 S. 2 mit Hinweisen).

Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet erhobene Berufung des Gesuchstellers ist daher einzutreten.

1.2 Mit Berufung kann grundsätzlich unrichtige Rechtsanwendung sowie unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden dabei nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Darauf hat bereits die Vorinstanz richtig hingewiesen (act. 15 S. 4).

Die Zahlungsverzugskündigung eines Mietvertrags über Wohn- oder Geschäftsräume setzt nach Art. 257d OR voraus, dass der Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rückstand ist, dass der Vermieter dem Mieter schriftlich eine mindestens 30tägige Zahlungsfrist ansetzt (Mahnung), verbunden mit der Androhung der Kündigung im Säumnisfall, und dass der Mieter diese Frist ungenutzt verstreichen lässt.

3. Wie bereits erwähnt, kündigte der Gesuchsteller das Mietverhältnis mit der Gesuchsgegnerin am 6. August 2015 gestützt auf Zahlungsverzug nach Art. 257d OR (act. 4/6). Der Kündigung ging eine Mahnung vom 21. Juni 2015 voraus, in welcher der Gesuchsteller die folgenden Ausstände geltend machte und der Gesuchsgegnerin bei Nichtbezahlung innert der angesetzten 30tägigen Frist die Kündigung androhte (act. 4/8):

Miete Juni 2015	Fr. 21'250.00
Nebenkosten 3. Quartal 2014	Fr. 988.50
Nebenkosten 4. Quartal 2014	Fr. 1'400.80
Nebenkosten 1. Quartal 2015	Fr. 1'158.70
Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto	Fr. 73'798.75
Verwaltungsaufwand; Mahn- und Schreibgebühren	Fr. 20.00
<b>Total Mahnsaldo</b>	<b>Fr. 98'616.75</b>

4. Die Vorinstanz verneinte im angefochtenen Entscheid die Liquidität der Sach- und Rechtslage hinsichtlich der Wirksamkeit der erwähnten Mahnung, davon ausgenommen lediglich die Position "Miete Juni 2015". Was die (bestrittenen) ausstehenden Nebenkosten angehe, habe der Gesuchsteller nicht dargetan, dass er der Gesuchsgegnerin eine detaillierte Abrechnung zugestellt und die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit gehabt habe, in die Belege Einsicht zu nehmen. Hinsichtlich der (von der Gesuchsgegnerin als nicht nachvollziehbar bestrittenen) Sammelposition "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten" sei aufgrund der Mahnung unklar, wie sich der Betrag zusammensetze.

Die korrekt gemahnte Position "Miete Juni 2015", so die Vorinstanz weiter, habe die Gesuchsgegnerin nach Erhalt der Mahnung innert Frist bezahlt, weshalb

die Kündigung nicht mit der Nichtzahlung dieser Position begründet werden könne. Schliesslich würden nicht bezahlte Mahn- und Schreibgebühren keine Zahlungsverzugskündigung rechtfertigen. Diese Überlegungen führten zum angefochtenen Nichteintretensentscheid (vgl. act. 15 S. 4 ff.).

5. Der Gesuchsteller macht berufungsweise geltend, hinsichtlich der Position "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto" und der ausstehenden Nebenkosten seien der Sachverhalt und die Rechtslage liquid. Die Gesuchsgegnerin habe vom Gesamtbetrag gemäss Mieterkonto und von dessen Zusammensetzung detaillierte Kenntnis gehabt. Das ergebe sich aus der Vereinbarung vom 3. Juni 2014 (act. 4/5). Die Parteien hätten darin festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller Reparaturkosten von Fr. 9'600.00 und ausstehende Mietzinsen (und Nebenkosten) von Fr. 80'198.75 schulde, total somit Fr. 89'798.75. Aus zwei Abschlagszahlungen der Gesuchsgegnerin vom 19. Februar 2015 (Fr. 10'000.00) und 26. Mai 2015 (Fr. 6'000.00) ergebe sich der Betrag von Fr. 73'798.75, der gemahnt worden sei. Auch die gemahnten Nebenkosten seien der Gesuchsgegnerin bekannt gewesen. Der Mahnung vom 21. Juni 2015, welche die Gesuchsgegnerin am 29. Juni 2015 am Postschalter entgegen genommen habe, seien sämtliche Kontoauszüge und Details zu den Nebenkosten beigelegt worden. Daher sei das Ausweisungsbegehren gutzuheissen (act. 16 S. 2-5).

6. Zu den in der Mahnung geltend gemachten Nebenkosten:

Die Vorinstanz erwog, dass eine Mahnung nach Art. 257d OR im Falle offener Nebenkostensaldi (die nicht als Akontozahlungen zu tilgen seien) nur zulässig sei, wenn dem Mieter eine detaillierte Nebenkostenabrechnung zugestellt und ihm die Möglichkeit gegeben worden sei, Einsicht in die Belege zu nehmen (act. 15 S. 6). Das trifft zu. Der Saldo einer Nebenkostenabrechnung gilt mangels anderer Abrede 30 Tage nach Erhalt der Abrechnung als fällig (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Auflage 2008, Art. 257d OR N 14; vgl. auch BGE 140 III 591 = mp 2015 S. 29 ff., E. 3.2). Solange keine Abrechnung zugestellt wurde, ist die Nebenkostenforderung damit nicht fällig, was einen Zahlungsverzug des Schuldners (der erst die Zustellung einer Mahnung mit Kündigungsandrohung nach Art. 257d

OR ermöglicht) ausschliesst. Die Tatsache alleine, dass die Gesuchsgegnerin gemäss Mietvertrag Nebenkosten zu bezahlen hat (act. 4/2 S. 3), kann (mangels Fälligkeit der Forderung) keinen Zahlungsverzug begründen.

Wann der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin die gemahnten Nebenkosten in Rechnung stellte, ist nicht bekannt. Erst mit der Mahnung vom 21. Juni 2015 zugestellte Kontoauszüge und weitere "Details" zu den Nebenkosten sind ungenügend. Ohnehin hat der Gesuchsteller erst im Berufungsverfahren geltend gemacht, der Mahnung Details zu den Nebenkosten beigefügt zu haben (act. 16 S. 4), ohne Angabe dazu, weshalb er diese Behauptung nicht schon vor Vorinstanz vorbrachte. Das Novum ist daher unzulässig (vgl. vorne II./1.2). Schliesslich ist auch nicht bekannt, welche Details zu den Nebenkosten der Gesuchsteller der Mahnung vom 21. Juni 2015 beigefügt haben will.

Was die gemahnten Nebenkosten angeht, hat die Vorinstanz die Liquidität der Sach- und Rechtslage mithin zu Recht verneint. Auf der Basis des vom Gesuchsteller dargelegten Sachverhalts besteht insoweit kein klares Recht für seine Berechtigung zur Kündigung nach Art. 257d OR.

7. Zur in der Mahnung geltend gemachten Position "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto" über Fr. 73'798.75:

7.1 Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass nur fällige Mietzinsen und Nebenkosten eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR rechtfertigten, nicht aber andere offene Forderungen des Vermieters (act. 15 S. 6). Der geltend gemachte Ausstand muss in der einer solchen Kündigung vorausgesetzten Mahnung (vgl. vorne II./2.) genau angegeben werden, zwar nicht ziffernmässig, aber einwandfrei bestimmbar. Handelt es sich um mehrere Ausstände, von welchen nur ein Teil zur Kündigung nach Art. 257d OR berechtigt, so muss die Mahnung die verschiedenen Ausstände präzise unterscheiden, so dass der Mieter ohne weiteres erkennen kann, welche Ausstände er innert Frist bezahlen muss, um die Kündigung abzuwenden. Nennt die Mahnung ohne weitere Angaben einen (Total-)Betrag verschiedener Forderungen, ohne Bezug zur effektiv unter dem Titel Mietzins bzw. Nebenkosten geschuldeten Summe, so genügt die Mahnung

den Erfordernissen der Klarheit und Bestimmtheit nicht (vgl. BGer 4A\_306/2015 vom 13. Oktober 2015, E. 2 a.E.; vgl. auch KUKO OR-BLUMER, Art. 257d OR N 6 mit Hinweisen, sowie BGer vom 14. Juni 2000, in MRA 2001 S. 47).

7.2 Aus der Angabe in der Mahnung zur Position "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto" lässt sich nicht herauslesen, welcher Teil des Betrages von 73'798.75 Mietzinsen darstellt und welcher Teil Reparaturkosten. Dabei ist nach dem vorstehend Gesagten ohne weiteres klar, dass lediglich die offenen Mietzinsen zur Zahlungsverzugskündigung berechtigen, offene Reparaturkosten dagegen nicht. Ausgehend vom in der Mahnung genannten Totalbetrag an ausstehenden Miet- und Reparaturkosten war für die Gesuchsgegnerin daher nicht ohne weiteres klar, welchen Betrag sie bezahlen musste, um die Zahlungsverzugskündigung abzuwenden. Die Mahnung genügt den aufgezeigten Anforderungen somit nicht. Es kann nicht angehen, dass eine Mieterin nach Erhalt einer Mahnung Nachforschungen anstellen muss, um herauszufinden, welchen Teilbetrag der geltend gemachten Forderung sie bezahlen muss, um einer Kündigung zu entgehen – oder dass sie zur Sicherheit den ganzen Ausstand bezahlen muss.

Ob aus den eingereichten Unterlagen, insbesondere aus der Vereinbarung vom 3. Juni 2014 und der E-Mailkorrespondenz der Parteien (act. 4/5, 4/8) auf tatsächliche Zahlungsrückstände der Gesuchsgegnerin geschlossen werden kann, ist danach unerheblich. Auch wenn die Gesuchsgegnerin tatsächlich im Zahlungsverzug war, rechtfertigte das alleine keine Kündigung nach Art. 257d OR. Vorausgesetzt wäre zusätzlich eine den Anforderungen genügende Mahnung. Die Mahnung vom 21. Juni 2015 genügte diesen Anforderungen hinsichtlich der Position "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto" nach dem Gesagten nicht. Dass eine andere Mahnung zugestellt worden wäre, wurde nicht geltend gemacht.

Auch mit Bezug auf die Position "Ausstehende Miet-/Reparaturkosten gem. Mieterkonto" besteht somit auf der Basis des vom Gesuchsteller dargelegten Sachverhalts kein klares Recht für seine Berechtigung zur Kündigung nach Art. 257d OR.

8. Die weiteren Erwägungen der Vorinstanz, wonach die anderen gemahnten Ausstände (der vor Ablauf der Zahlungsfrist bezahlte Mietzins Juni 2015 und die Verwaltungs-, Mahn bzw. Schreibgebühr, act. 4/8) keine Zahlungsverzugskündigung rechtfertigten (act. 15 S. 8), werden in der Berufung zu Recht nicht kritisiert.

9. Insgesamt ist der angefochtene Entscheid, mit dem die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren mangels Liquidität der Sach- und Rechtslage nicht eintrat, nicht zu beanstanden. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

### III.

1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Gesuchsgegnerin ist mangels Aufwendungen im Berufungsverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG nach Massgabe des Streitwerts von Fr. 127'500.00 (vorne II./1.1) festzusetzen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 27. November 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller und Berufungskläger auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 16, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 127'500.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: