

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160063-O/U,

damit vereinigt LF160064

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 11. November 2016

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____,**

3. **C._____,**

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

Nr. 1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

D._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom
15. September 2016 (ER160023)

Rechtsbegehren

des Gesuchstellers:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchsgegnerin 1 zu befehlen, den Wohnteil im Erdgeschoss und das Mädchenzimmer im Untergeschoss, zuzüglich 2 Kellerräume und Garage im Einfamilienhaus an der E. _____ - Strasse ... in F. _____ unverzüglich geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
2. Es sei den Gesuchsgegnern 2 und 3 zu befehlen, den Wohnteil im Erdgeschoss und das Mädchenzimmer im Untergeschoss, zuzüglich 2 Kellerräume und Garage im Einfamilienhaus an der E. _____ - Strasse ... in F. _____ unverzüglich geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
3. Das Gemeindeammannamt F. _____ -...-... sei anzuweisen, auf erstes Verlangen des Gsuchstellers, nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Ausweisungsbefehles, den Befehl zu vollstrecken.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsteller 1, 2 und 3 - unter solidarischer Haftung."

der Gesuchsgegnerin 1:

(act. 18)

" Auf das Gesuch sei nicht einzutreten;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 15. September 2016:

(act. 35 = 39 = act. 44/38-A = act. 44/40)

1. Die Gesuchsgegnerin 1 wird verpflichtet, den Wohnteil im Erdgeschoss und das Mädchenzimmer im Untergeschoss, zuzüglich 2 Kellerräume und Garage im Einfamilienhaus an der E. _____ - Strasse ... in F. _____ bis spätestens 5. Oktober 2016, 12.00 Uhr, zu räumen, zu reinigen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.

2. Die Gesuchsgegner 2 und 3 werden verpflichtet, den Wohnteil im Erdgeschoss und das Mädchenzimmer im Untergeschoss, zuzüglich 2 Kellerräume und Garage im Einfamilienhaus an der E.____-Strasse ... in F.____ bis spätestens 5. Oktober 2016, 12 Uhr, zu verlassen und dem Gesuchsteller geräumt abzugeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.

3. Das Gemeindeammannamt F.____-...-... wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 5. Oktober 2016 auf Verlangen des Gesuchstellers die Verpflichtung Gesuchsgegner 1 bis 3 gemäss Ziffer 1 und 2 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschliessen. Sie sind ihr aber von den Gesuchsgegnern 1 bis 3 unter solidarischer Haftung zu ersetzen.

4.-8. Entscheidgebühr / Kostenfolge / Parteientschädigung / Mitteilung / Berufung

Berufungsanträge

des Berufungsklägers 1:

(act. 44/39 S. 2)

- " 1. In Gutheissung der Berufung sei das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen vom 15. September 2016 vollumfänglich aufzuheben;
 2. Auf das Gesuch des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten vom 10. Mai 2016 sei nicht einzutreten;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten."

der Berufungskläger 2 und 3:

(act. 40; sinngemäss)

In Gutheissung der Berufung sei das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen vom 15. September 2016 aufzuheben und auf das Gesuch des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten vom 10. Mai 2016 sei nicht einzutreten.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Mit "*Mietvertrag für Einfamilienhaus*" vom 17. März 2006 mietete die Gesuchsgegnerin 1 und Berufungsklägerin 1 (nachfolgend Berufungsklägerin 1) als Mieterin vom Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter) und G._____ als Vermieter einen Wohnteil EG sowie ein Mädchenzimmer UG an der E._____ -Strasse ... in F._____ zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 3'960.-. Vereinbarter Mietbeginn war der 1. April 2006 (act. 3/1).

1.2 Mit Einschreiben vom 14. Oktober 2015 mahnte die H._____ AG, welche die Vermieter mit der Verwaltung der vorgenannten Liegenschaft beauftragt hatten (act. 3/3), bei der Berufungsklägerin 1 ausstehende Mietzinsen von Fr. 3'840.- und setzte ihr eine Zahlungsfrist von 30 Tagen, wobei für den Fall der Nichtbezahlung innert Frist die Kündigung nach Art. 257d OR angedroht wurde (act. 3/7). Am 25. November 2015 kündigten G._____ und der Berufungsbeklagte das mit der Berufungsklägerin 1 bestehende Mietverhältnis auf dem amtlich genehmigten Formular per 31. Dezember 2015, wobei als Begründung "*aufgrund Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR*" genannt wurde (act. 3/8).

1.3 Am 7. Dezember 2015 teilte die H._____ AG der Berufungsklägerin 1 mit, dass am 30. November 2015 Fr. 11'940.- einbezahlt worden seien, welche im Umfang von Fr. 3'840.- an die offene Teilmiete Oktober 2015, je im Umfang von 3'960.- an den Mietzins November und Dezember 2015 sowie im Umfang von Fr. 180.- akonto an eine offene Rechnung "Heizung I._____" angerechnet würde. Zudem wurde festgehalten, dass diese Zahlung keine Auswirkung auf die ausgesprochene Kündigung habe. Weiter wurde mitgeteilt, dass die Wohnungsabgabe am 4. Januar 2016 stattfinde (act. 3/9). Dieser Abgabetermin wurde von der H._____ AG mit Schreiben vom 11. Dezember 2015 nochmals bestätigt (act. 3/10).

1.4 Am 28. Dezember 2015 stellte die Berufungsklägerin 1 bei der Schlichtungsbehörde für Mietsachen des Bezirkes Horgen ein Schlichtungsgesuch und beantragte, es sei festzustellen, dass die angefochtene Kündigung vom 25. November 2015 per 31. Dezember 2015 unwirksam sei; eventualiter sei die angefochtene Kündigung für ungültig zu erklären (act. 19/1). Aufgrund des Führens aussergerichtlicher Vergleichsgespräche durch die Parteien wurde das Schlichtungsverfahren mit Beschluss der Schlichtungsbehörde vom 9. Februar 2016 bis zur Mitteilung des Scheiterns oder des Erfolgs der aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen, jedoch spätestens bis zum 11. März 2016, sistiert (act. 19/4).

1.5 Mit Schreiben vom 9. Mai 2016 liess der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin 1 über ihren Vertreter mitteilen, es werde für den Fall, dass die ihr gegenüber ausgesprochene ausserordentliche Kündigung vom 25. November 2015 wider Erwarten unwirksam oder ungültig sein sollte, angezeigt, dass sie in Bezug auf das streitgegenständliche Mietobjekt bis heute eine offene Mietzinsschuld (Benutzungsgebühr) in der Höhe von insgesamt Fr. 19'800.– (Bruttomiete Januar bis und mit Mai 2016 von je Fr. 3'690.–) aufweise. Zudem seien die ihr in Rechnung gestellten Nebkostennachzahlungen der Periode 2014/2015 im Betrag von Fr. 1'403.20 sowie ein Restbetrag von Fr. 563.– betreffend den von Seiten der Mieterschaft verursachten Piketteinsatz der I. _____ AG vom 4. Januar 2015 noch offen. Aus diesem Grund werde ihr eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt, um die genannten Ausstände zu begleichen. Im Falle des Ausbleibens der Mietzinsszahlungen innert der angesetzten Frist werde das Mietverhältnis erneut ausserordentlich, d.h. mit einer weiteren Frist von 30 Tagen auf Ende eines Monats gekündigt. An der Kündigung vom 25. November 2015 werde auf jeden Fall festgehalten (act. 19/5). Am 9. Mai 2016 adressierte die Berufungsklage ein inhaltlich im Wesentlichen identisches Schreiben sodann noch zusätzlich direkt an die Berufungsklägerin 1 (act. 19/6).

2. Am 10. Mai 2016 liess der Berufungsbeklagte gegen die Berufungskläger bei der Vorinstanz ein Ausweisungsbegehren stellen (act. 1). In der Folge setzte die Vorinstanz den Berufungsklägern mit Verfügung vom 20. Mai 2016 Frist zur

Stellungnahme an (act. 6). Ein von den Berufungsklägern 2 und 3 am 28. Mai 2016 gestelltes Fristerstreckungsgesuch (vgl. act. 11) wurde mit Verfügung vom 3. Juni 2016 abgewiesen (act. 14). Nach Ablauf der Frist reichten die Berufungskläger 2 und 3 eine Stellungnahme ein (act. 17). Die Berufungsklägerin 1 reichte am 14. Juni 2016 innert (erstreckter; vgl. act. 8) Frist eine entsprechende Stellungnahme ein (act. 18). Zu dieser nahm der Berufungsbeklagte innert ihm mit Verfügung vom 30. Juni 2016 angesetzter Frist (vgl. act. 20) Stellung (act. 22) und reichte am 11. Juli 2016 weitere Belege ein (act. 24-25). In der Folge wurde mit Verfügung vom 29. Juli 2016 wiederum der Berufungsklägerin 1 Frist zur Stellungnahme hierzu angesetzt (act. 26), welche innert (erstreckter; vgl. act. 29) Frist eine entsprechende Stellungnahme einreichte (act. 31).

3. Mit Urteil vom 15. September 2016 erliess die Vorinstanz schliesslich den vorgenannten Entscheid, mit welchem sie das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten guthiess (act. 35 = act. 39 = act. 44/38-A = act. 44/40, nachfolgend zitiert als act. 39). Gegen diesen Entscheid haben sowohl die Berufungsklägerin 1 als auch die Berufungskläger 2 und 3 rechtzeitig (vgl. act. 36/2-4) Berufung erhoben, wobei zur Behandlung der Berufung der Berufungsklägerin 1 (act. 44/39) das Verfahren mit der Nummer LF160064-O und zur Behandlung der Berufung der Berufungskläger 2 und 3 das vorliegende Verfahren mit der Nummer LF160063-O angelegt wurde. Der in beiden Verfahren in der Folge jeweils mit Verfügung vom 7. Oktober 2016 (vgl. act. 41; act. 44/43) einverlangte Kostenvorschuss wurde sowohl von der Berufungsklägerin 1 (vgl. act. 44/44-45) als auch von den Berufungsklägern 2 und 3 (vgl. act. 42-43) rechtzeitig geleistet. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-37). Da sich beide Berufungen – wie nachfolgend noch dazulegen wird – sofort als unbegründet erweisen, kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden und es ist ohne Weiterungen zu entscheiden.

II.

Formelles

1. Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung der Verfahren selbständig eingereichte Klagen bzw. Prozesse vereinigen. Die Vereinigung ist aus Gründen der Prozessökonomie dann angezeigt, wenn die Klagen bzw. die auf diesen basierenden Prozesse einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Gegenstand der beiden Rechtsmittelverfahren LF160063-O und LF160064-O ist derselbe Entscheid, weshalb der enge Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren gegeben ist. Nach Leistung des entsprechenden Kostenvorschusses durch die jeweils Berufung erhebenden Parteien befinden sich beide Verfahren im gleichen Stadium. Das Berufungsverfahren LF160064-O ist daher mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LF160063-O zu vereinigen und unter der letzteren Verfahrensnummer weiterzuführen. Das Verfahren Nr. LF160064-O ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

2.1 Mit einer Berufung können a) die unrichtige Rechtsanwendung und b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2 Im Berufungsverfahren hat sich die Berufung führende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Bei Laien werden an die Rechtsmitteleingaben nur minimale Anforderungen gestellt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Bei der Begründung muss aus der Eingabe wenigstens rudimentär zum Ausdruck kommen, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Sind dagegen auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist auf die Berufung nicht einzutreten (ZR 110/2011 Nr. 80; ZK

ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl. 2013, Art. 311 N 34, 36; OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013, E. II.2.1). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625). In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz (und der Gegenpartei) jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012, E. II.1.1-2; THOMAS ALEXANDER STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 317 N 7, ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 49). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese insofern unbeachtlich.

III.

Materielles

1.1 Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwenden (Art. 641 ZGB). In diesem Sinne besteht ein dinglicher Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache, sofern der Besitzer nicht zum Besitz der Sache berechtigt ist. Eine solche Berechtigung kann sich insbesondere aus schuldrechtlichen Verträgen ergeben (BSK-ZGB II, N 49 f. zu Art. 641), wobei ein derartiger Vertrag beispielsweise in einem über die Sache geschlossenen Mietvertrag bestehen kann. Ist der Eigentümer einer Sache gleichzeitig deren Vermieter, so kann er die Sache nach Auflösung des Mietvertrages einerseits gestützt auf den sich aus Art. 267 OR ergebenden vertraglichen Rückgabeanspruch zurückverlangen und diesen Anspruch mit einer Ausweisung zwangsweise durchsetzen (ZK-HIGI, Art. 267 N 10). Andererseits kann er die Sa-

che gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB sowohl vom nach Auflösung des Mietvertrages nunmehr nicht mehr zum Besitz berechtigten ehemaligen Mieter, als auch von jedem anderen unberechtigten Besitzer herausverlangt und diesen Herausgabeanspruch mittels einer sogenannten Herausgabeklage (*rei vindicatio*) zwangsweise durchsetzen. Nach Beendigung des Hauptmietvertrages kann der Vermieter damit auch die Ausweisung des Untermieters verlangen (vgl. etwa LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 478). Voraussetzung für den Herausgabeanspruch des Vermieters bzw. Eigentümers ist dementsprechend, dass der Bewohner nicht (mehr) zum Besitz der Sache berechtigt ist, was im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 S. 166 ff., S. 168).

1.2 Den ihm zustehenden Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch kann der Vermieter bzw. Eigentümer dabei insbesondere auch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO geltend machen, wobei das Gericht den entsprechenden Rechtsschutz dann gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO).

Der Nachweis dieser Voraussetzungen obliegt der klagenden Partei. Bestreitet die beklagte Partei die von der klagenden Partei behaupteten Tatsachen (Sachverhalt), so muss sie ihre Bestreitungen, Einwendungen und Einreden lediglich substantiiert vorbringen. Sie hat ihre Einwendungen und Einreden mit anderen Worten nicht einmal glaubhaft zu machen (vgl. etwa BSK ZPO-HOFMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 257 N 10), sondern sie trifft lediglich eine Behauptungslast. Zur Verneinung eines klaren Falls im Sinne von Art. 257 ZPO genügt es deshalb, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern (BGE 138 III 620 E. 5.1.1. m.w.H.). Offensichtlich haltlose Einwendungen, Einreden und Bestreitungen (sog. Schutzbehauptungen) der beklagten Partei genügen dazu jedoch nicht, wobei ein Vorbringen dann als haltlos anzusehen ist, wenn es sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Es genügt aber nicht zur Haltlosigkeit, wenn die Wahrheit der Ausführungen fraglich erscheint. Vielmehr muss das

Vorbringen zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leichthin von Haltlosigkeit auszugehen (OGer ZH, LF150054-O vom 12. Oktober 2015, E. III.1). Klares Recht liegt sodann vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht (BGE 118 II 304 Erw. 3). Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und tritt das Gericht darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der klagenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

2. Die Berufungsklägerin 1 macht im Rahmen ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz sei zur Unrecht davon ausgegangen, es bestehe bezüglich der Vorfrage der Wirksamkeit und Gültigkeit der Kündigung eine klare Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 ZPO.

2.1 a) Wie bereits vorinstanzlich bringt sie dazu zunächst vor, sie habe darauf vertrauen dürfen, dass der Berufungsbeklagte das mit ihr bestehende Mietverhältnis trotz bestehender Mietzinsausstände und trotz der gestützt auf Art. 257d Abs. 1 OR erfolgter Kündigungsandrohung nicht ausserordentlich beenden werde (act. 44/39 S. 6). So sei vorinstanzlich in tatsächlicher Hinsicht unbestritten geblieben, dass sie während des gesamten bisherigen Mietverhältnisses mit der Mietzinszahlung immer wieder – zum Teil mit mehreren Monatsbetroffnissen – im Rückstand gewesen sei und deswegen unter Androhung der ausserordentlichen Verzugskündigung nach Art. 257d OR abgemahnt worden sei. Obwohl sie diese Ausstände jeweils nicht innert Frist bezahlt habe, habe der Berufungsbeklagte keine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen und auch keine Inkassomassnahmen getroffen. Vielmehr habe er die wiederkehrenden Mietzinsausstände in Kauf genommen, während sie sich dafür erkenntlich gezeigt habe, indem sie im Gegenzug immer wieder mehrere Mietzinsbetroffnisse vor dem Fälligkeitsdatum im Voraus bezahlt habe. Über die Jahre habe sich so unter den Vertragsparteien ein gegenseitiges Einvernehmen etabliert, auf welches sie habe vertrauen dürfen (act. 44/39 S. 3). Deshalb sei entgegen der Vorinstanz nicht einsichtig, weshalb es sich der Berufungsbeklagte nicht als widersprüchliches Verhalten entgegenhal-

ten lassen solle, wenn er auf der einen Seite während Jahren wiederkehrende und teilweise massive Mietzinsrückstände dulde, ohne vom ausserordentlichen Kündigungsrecht nach Art. 257d Abs. 2 OR und von möglichen Inkassomassnahmen Gebrauch zu machen, um auf der anderen Seite wie aus heiterem Himmel und zu ihrer völligen Konsternation das Mietverhältnis mit amtlichem Formular vom 25. November 2015 ausserordentlich mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf den 31. Dezember 2015 zu kündigen. Von einem jahrelangen geübten "Laissez faire" habe der Berufungsbeklagte ohne Ankündigung zur ganzen Schärfe des Gesetzes gewechselt, indem er zur ultima ratio der ausserordentlichen Kündigung gegriffen habe. Damit habe sie unter den gegebenen Umständen nicht rechnen müssen. Nach ihrer Auffassung lägen hier ausserordentliche Umstände vor, welche die Kündigung vom 25. November 2015 als treuwidrig erscheinen liessen. Jedenfalls könne die Rechtslage in Bezug auf die Frage der Kündigung vom 25. November 2015 nicht als klar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO beurteilt werden (act. 44/39 S. 6).

b) Mit diesem Standpunkt der Berufungsklägerin 1 hat sich die Vorinstanz bereits eingehend auseinandergesetzt und dabei festgehalten, eine missbräuchliche Kündigung trotz Zahlungsrückständen sei nur in Ausnahmefällen in Erwägung zu ziehen, wenn der Vermieter die Kündigung wegen Zahlungsverzug eigentlich zweckentfremde und missbrauche. Davon könne hier keine Rede sein. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Berufungsbeklagte Zahlungsverzögerungen geduldet habe, könne nicht von einer Treuwidrigkeit ausgegangen werden. Es könne einem Vermieter nicht angelastet werden, wenn er nach Duldung von Zahlungsrückständen eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257d OR ausspreche. Die Einrede der Berufungsklägerin 1 vermöge die Vorbringen des Berufungsbeklagten nicht zu entkräften (act. 39 S. 7 f., E. 3.6.2). Mit diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz setzt sich die Berufungsklägerin 1 in keiner Weise auseinander, sondern sie beschränkt sich vielmehr darauf, ihren bereits vorinstanzlich vorgetragenen Standpunkt zu wiederholen. Anzuführen ist, dass entgegen der Berufungsklägerin 1 nicht davon ausgegangen werden kann, das von ihr vorinstanzlich behauptete Vertrauensverhältnis sei unbestritten geblieben. Vielmehr ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass es

auf die tatsächlichen Vorbringen der Berufungsklägerin 1 gar nicht ankomme, da das Bestehen einer klaren Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO selbst dann zu bejahen wäre, wenn der Berufungsbeklagte tatsächlich Zahlungsausstände geduldet hätte. So sind die Fälle, in welchen eine aufgrund von Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, nämlich sehr restriktiv auszulegen, damit das Recht des Vermieters, den Mietzins bei Fälligkeit zu erhalten, nicht in Frage gestellt wird. Gemäss Rechtsprechung kommt eine Ungültigkeitserklärung insbesondere dann in Frage, wenn der Vermieter vom Mieter unter Androhung der Kündigung einen viel höheren Betrag als den im Rückstand befindlichen verlangt hat, wenn er kündigt, bevor er Gewissheit erlangt hat, wie viel tatsächlich geschuldet ist, oder wenn der Zahlungsrückstand geringfügig ist oder kurz nach Ablauf der Zahlungsfrist bezahlt wurde, und der Mieter bis dahin den Mietzins immer pünktlich gezahlt hatte; endlich kann eine Treuwidrigkeit dann vorliegen, wenn der Vermieter den Vertrag erst lange nach Ablauf der Zahlungsfrist kündigt (BGE 140 III 591 E. 1, in: Pra104 (2015) Nr. 55). Keine dieser Ausnahmekonstellationen ist hier gegeben, und es erweist sich der Standpunkt der Berufungsklägerin 1 insoweit als haltlos. Eine weitergehende Einschränkung des Rechts des Vermieters bei Nichtbezahlung des Mietzinses unter Einhaltung der Frist- und Formerfordernisse von Art. 257d OR das Mietverhältnis aufzulösen wäre im Übrigen gesetzwidrig, weshalb sich die dahingehende Berufung der Berufungsklägerin 1 als unbegründet erweist.

2.2 Soweit die Berufungsklägerin 1 sodann im Berufungsverfahren neu (vgl. act. 18; act. 31) geltend macht, der wahre Kündigungsgrund sei Eigenbedarf und der Kündigungsgrund des Zahlungsverzuges im Sinne von Art. 257d OR sei vom Berufungsbeklagten lediglich vorgeschoben, um damit schneller ans Ziel zu kommen als mit einer ordentlichen Kündigung wegen Eigenbedarfs (act. 44/39 S. 6 f.), übersieht sie, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen nur noch insoweit zulässig sind, als sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits in erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dass es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, diese Tatsachenbehauptungen bereits vor Vorinstanz vorzubringen, macht die Berufungsklägerin 1 zu Recht nicht geltend. Die Tatsachenbehauptun-

gen stellen daher nicht zu berücksichtigende Noven dar, weshalb auf die diesbezüglichen Vorbringen der Berufungsklägerin 1 nicht einzutreten ist.

2.3 a) Wie bereits vorinstanzlich macht die Berufungsklägerin 1 schliesslich geltend, der Berufungsbeklagte gehe in Bezug auf die Frage der Wirksamkeit und Gültigkeit der Kündigung vom 25. November 2015 selbst nicht von einer klaren Sach- und Rechtslage aus, da er sie mit Schreiben vom 9. Mai 2016 für offene Mietzinsen im Umfang von Fr. 19'800.– (Bruttomiete Januar bis und mit Mai 2016 von je Fr. 3'960.–) für den Fall abgemahnt habe, *"dass die gegenüber der A. _____ AG bereits ausgesprochene Kündigung vom 25. November 2015 wider Erwarten unwirksam oder ungültig sein sollte"*. Damit räume der Berufungsbeklagte ein, dass seines Erachtens nicht klar sei, ob die Kündigung vom 25. November 2015 wirksam sei (act. 44/39 S. 7).

b) Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, es sei unbestritten geblieben, dass die Berufungsklägerin 1 seit Januar 2016 keine Mietzinse mehr bezahlt habe. Sie verhalte sich selbst treuwidrig, wenn sie einerseits geltend mache, die Kündigung vom 25. November 2015 sei unwirksam, andererseits aber das Mietobjekt immer noch benutze und keine Mietzinsen mehr zahle. Die Berufungsklägerin 1 wolle die Unwirksamkeit der Kündigung einwenden, werfe dem Berufungsbeklagten widersprüchliches Verhalten vor, verhalte sich aber selbst nicht stringent. Immerhin könne der Berufungsbeklagte sein Eigentum derzeit nicht nutzen und erhalte für die Nutzung trotz form- und fristgerecht ausgesprochener Kündigung kein Geld. Es könne dem Berufungsbeklagten nicht angelastet werden, wenn er sich in einer solchen Situation juristisch absichere und ein Eventualvorgehen wähle. Daraus eine Unwirksamkeit der Kündigung vom 25. November 2015 konstruieren zu wollen, sei vollkommen haltlos (act. 39 S. 8 f., E. 3.6.3).

c) Dem hält die Berufungsklägerin 1 zusammengefasst entgegen, sie bezahle den Mietzins seit dem 1. Januar 2016 nicht grundlos nicht. Vielmehr sei sie der Auffassung, dass ihr im Umfang des geschuldeten Mietzinses Gegenforderungen zustehen würden. Weiter führt sie aus, wäre die Kündigung vom 25. November 2015 nach der Beurteilung des Berufungsbeklagten klarerweise wirksam und gültig, bestünde kein Anlass, sich mit einem "Eventualvorgehen" abzusichern, zumal

er sich zweifelsohne bewusst sei, dass er damit seine Position im summarischen Ausweisungsverfahren verschlechtern werde. Man könne sich natürlich auf den Standpunkt stellen, die Einschätzung des Vermieters sei für den Summarrichter nicht massgebend. Aus ihrer Sicht erscheine es jedoch naheliegend, die Einschätzung der Sach- und Rechtslage des Berufungsbeklagten bei der Frage nach der Liquidität nach Art. 257 ZPO mitzuberücksichtigen. Die Frage, ob dem Berufungsbeklagten sein "Eventualvorgehen" im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen "angelastet" werden könne, sei irrelevant. Entscheidend sei nur, aber immerhin, ob und inwiefern darin ein Hinweis zu erblicken sei, der für oder gegen die Klarheit der Sach- und Rechtslage spreche (act. 44/39 S. 7 f.).

d) Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang vorab, dass im Berufungsverfahren unangefochten geblieben ist, dass sowohl die Mahnung mit Kündigungsandrohung vom 14. Oktober 2015 als auch die Kündigung vom 25. November 2015 den Frist- und Formerfordernissen von Art. 257d OR sowie Art. 266I OR entsprachen (act. 39 S. 5 ff., E. 3.4-5), weshalb das zwischen der Berufungsklägerin 1 und dem Berufungsbeklagten bestehende Mietverhältnis grundsätzlich gültig per 31. Dezember 2015 aufgelöst worden ist. Seit da verfügt sie über kein vertragliches Rechts mehr, im Mietobjekt zu verweilen. Sodann behauptet die Berufungsklägerin 1 nicht (mehr), dass sich aus dem Schreiben des Berufungsbeklagten vom 9. Mai 2016, in welchem dieser unzweideutig festhielt, dass *"an der Kündigung vom 25. November 2015 auf jeden Fall festgehalten werde"* (act. 19/5), etwas anderes ableiten lasse, und das aufgrund dessen klaren Wortlauts mit Recht. Vielmehr argumentiert sie einzig, dieses Schreiben zeige, dass der Berufungsbeklagte sich selbst nicht sicher gewesen sei, ob die Kündigung vom 25. November 2015 gültig erfolgt sei. Dies erweist sich jedoch aufgrund des vorhin Dargelegten als irrelevant, wie das die Vorinstanz richtig feststellt: Die Kündigung per Ende Dezember 2015 ist gültig und vertragsauflösend erfolgt und aus dem Schreiben vom 9. Mai 2016 lässt sich nichts anderes und insbesondere auch nicht das Zustandekommen eines neuen Mietvertrages ableiten. Weshalb die Berufungsklägerin 1 seit dem 1. Januar 2016 keine Zahlungen mehr an den Berufungsbeklagten leistet, bleibt daher ebenfalls unwesentlich. Die Berufung der

Berufungsklägerin 1 erweist sich dementsprechend auch in diesem Punkt als unbegründet.

2.4 Zusammenfassend ist die Berufung der Berufungsklägerin 1 insgesamt unbegründet und damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

3. Die Berufungskläger 2 und 3 verweisen zur Begründung ihrer Berufung zunächst pauschal auf die Ausführungen der Berufungsklägerin 1 (act. 40 S. 1), wobei diese Berufung – wie vorstehend dargelegt – abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Entsprechendes hat insoweit auch für die Berufung der Berufungskläger 2 und 3 zu gelten. Im Weiteren beschränken sich die Berufungskläger 2 und 3 in ihrer Berufungsschrift darauf, – teilweise neue – Sachverhaltselemente, namentlich zum Kündigungsgrund, zu von ihnen im Mietobjekt vorgenommenen Investitionen sowie zu den geführten Vergleichsgesprächen (act. 40 S. 1 f.) vorzutragen, ohne dabei jedoch auf den vorinstanzlichen Entscheid Bezug zu nehmen bzw. ihre Ausführungen überhaupt in Bezug zum vorinstanzlichen Entscheid zu setzen. Eine Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid fehlt damit vollständig und die Berufungskläger 2 und 3 zeigen insbesondere nicht auf, inwieweit der Vorinstanz eine falsche Sachverhaltsfeststellung oder eine falsche Rechtsanwendung im Sinne von Art. 310 ZPO vorzuwerfen wäre. Die von ihnen eingereichte Berufungsschrift genügt damit den (vorstehend Ziff. II.2.2) genannten Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht, weshalb auf ihre Berufung nicht einzutreten ist.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Nach ständiger Praxis berechnet sich der Streitwert bei Ausweisungsverfahren nach dem Bruttomietzins für die vom jeweiligen Verfahren betroffene Zeitdauer, während welcher der Vermieter nicht über das Mietobjekt verfügen kann. Dieser Zeitraum beträgt in der Regel sechs Monate. War indessen strittig, ob ein Recht zur Kündigung bestand, so ist nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich bei der Festsetzung des Streitwerts die dreijährige Sperrfrist

von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen (OGer ZH, LF150038 vom 18. August 2015, E. II.5.2 und III.2; vgl. auch PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 44, 46). Vorliegend machen die Berufungskläger insbesondere geltend, die Kündigung sei – obwohl es sich um eine Zahlungsverzugskündigung handle – treuwidrig bzw. missbräuchlich erfolgt, weshalb zur Berechnung des Streitwerts die dreijährige Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR heranzuziehen ist. Bei einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 3'960.– (vgl. act. 3/1) ergibt sich dementsprechend ein Streitwert von Fr. 142'560.–.

2. Ausgehend von diesem Streitwert ist die zweitinstanzliche Grundgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 8'000.– festzusetzen und unter Berücksichtigung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.– zu ermässigen. Die Kosten sind zur Hälfte dem Berufungskläger 1 und zur Hälfte den Berufungsklägern 2 und 3 aufzuerlegen, unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Im Übrigen sind die Grundsätze von Art. 111 ZPO zur Liquidation der Prozesskosten zu beachten. Dem Berufungsbeklagten ist mangels Umtrieben im zweitinstanzlichen Verfahren, die es zu entschädigten gölte, keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LF160064-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LF160063-O vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt; das Verfahren Geschäfts-Nr. LF160064-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufungen werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden zur Hälfte der Berufungsklägerin 1 und zur Hälfte den Berufungsklägern 2 und 3 auferlegt, unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag. Die Kosten werden aus den von den Parteien bereits geleisteten Vorschüssen bezogen.
4. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie von act. 40 und 44/39, sowie an das Einzelgericht des Bezirkes Horgen, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 142'560.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
14. November 2016