Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LF200037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 8. Juli 2020

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch 2, D._____, dieser vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes F._____ vom 9. Juni 2020 (ER200019)

Rechtsbegehren:
(act. 1 S. 2)

"1. Es sei den beiden Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, das Ladenlokal EG an der E._____-Strasse ... in F._____ inklusive Nebenräume (Kellerabteil) unverzüglich vertragsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Klägerin zurückzugeben;

2. es sei das zuständige Gemeindeammannamt F._____ anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% MWSt., unter solidarischer Haftbarkeit, zulasten der beiden Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts F._____
(act. 8 = act. 12 = act. 14)

1. Die Beklagten werden verpflichtet, das Ladenlokal EG an der E._____-Strasse ... in F._____ inklusive Nebenräume (Kellerabteil) bis spätestens **30. Juni 2020, 12.00 Uhr**, zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.

2. Das Gemeindeammannamt F._____ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 30. Juni 2020 auf Verlangen der Klägerin die Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschiessen. Sie sind ihr aber von den Beklagten unter solidarischer Haftung zu ersetzen.

3.-7. Entscheidgebühr / Kostenverteilung / Entschädigung / Mitteilung / Berufung

Berufungsanträge:
(act. 13 S. 2)

"1. Der Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts F._____ vom 9. Juni 2020 sei vollumfänglich aufzuheben.

2. **Eventualantrag:**

   Im Falle der Ausweisung haben die Berufungsbeklagten den Berufungsklägern den Betrag von **CHF 108'129.83** zu bezahlen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.
Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) mieteten mit Mietvertrag vom 20. Februar 2019 von den Gesuchstellern und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) ein Ladenlokal im EG an der E._____-Strasse ... in F._____ zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 3'800.– (act. 3/2). Ausserdem sind die Berufungskläger gemäss Zusatzvereinbarung vom 19. Februar 2019 Untermieter von zwei zusätzlichen Zimmern, wobei für diese ein Mietzins von insgesamt Fr. 2'400.– vereinbart wurde (act. 3/3).

2. Mit eingeschriebenen Briefen vom 29. Januar 2020 setzten die Berufungsbeklagten den Berufungsklägern gemäss Art. 257d OR eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Bezahlung der offenen Mietzinse für die Monate Mai 2019 bis Januar 2020 von damals gesamthaft Fr. 55'800.– an, mit der Androhung, dass im Säumnisfall das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde (act. 3/4/1–4). Am 13. März 2020 kündigten die Berufungsbeklagten das mit den Berufungsklägern bestehende Mietverhältnis auf dem amtlich genehmigten Formular per 30. April 2020 mit folgender Begründung: "Die Kündigung erfolgt nach Art. 257d OR (Zahlungsverzugskündigung; siehe Mahnschreiben vom 29.01.2020)" (act. 3/8/1–2).

3. Mit Eingabe vom 19. Mai 2020 stellten die Berufungsbeklagten beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts F._____ (nachfolgend Vorinstanz) das vorgenannte Ausweisungsbegehren (act. 1). Mit Verfügung vom 20. Mai 2020 setzte die Vorinstanz daraufhin den Berufungsklägern Frist zur Stellungnahme hierzu an (act. 5). Diese Verfügung nahm der Berufungskläger 1 am

25. Mai 2020 und der Berufungskläger 2 am 26. Mai 2020 in Empfang (act. 6/2–3). In der Folge liessen sich die Berufungskläger nicht vernehmen, woraufhin die Vorinstanz am 9. Juni 2020 den vorgenannten Entscheid erliess (act. 12 [= act. 8 = act. 14]), mit welchem sie das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten guthiess.

4. Dagegen erhoben die Berufungskläger am 22. Juni 2020 rechtzeitig (vgl. act. 10/1 und 10/3) Berufung und stellten die vorgenannten Anträge. Auf diese sowie auf die von den Berufungsklägern dazu gemachten Ausführungen wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-10). Da sich die Berufung – wie nachfolgend noch darzulegen sein wird – sofort als unbegründet erweist, kann in Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet werden. Das Verfahren erweist sich dementsprechend heute in allen Belangen als spruchreif.

II.
Zur Berufung im Einzelnen

1.1 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). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Aus der Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anficht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 134 II 248 E. 2.4.2). In der Berufungseingabe sind somit konkrete und klare Rechtsmittelanträge bzw. Rechtsbegehren zur Sache zu stellen. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung zum Urteil erhoben wer-

den können. Dieses Erfordernis ergibt sich daraus, dass das Berufungsgericht einen reformatorischen Entscheid soll fällen können, wenn die Sache spruchreif ist (statt vieler vgl. etwa OGer ZH, LE140011 vom 03. April 2014, E. 3.1).

1.2 Die (anwaltlich vertretenen) Berufungskläger stellen einzig einen Antrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides (vgl. vorstehend), wohingegen ein Antrag in der Sache selbst fehlt. Bei einer Ausweisung mag dies – anders etwa als bei einer Forderungsklage – ausreichen, also ist auf die Berufung einzutreten, doch ist diese – wie nachfolgend darzulegen ist – abzuweisen, soweit nicht aus anderen Gründen ein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat.

2. Nach Auflösung des Mietverhältnisses ist die Mietsache vom Mieter dem Vermieter zurückzugeben (Art. 267 OR). Voraussetzung für den Rückgabeanspruch des Vermieters ist somit die gültige Auflösung des Mietverhältnisses, welche im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 S. 166 ff., S. 168). Den ihm zustehenden Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch kann der Vermieter 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). Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und das Gericht tritt darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der klagenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

2.1 Die Vorinstanz hat sowohl die Voraussetzungen für die Gewährung von Rechtsschutz im summarischen Verfahren nach Art. 257 ZPO als auch die Voraussetzungen einer Kündigung des Mietverhältnisses nach Art. 257d OR zutreffend dargelegt, weshalb zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 12 E. III.1-2).

2.2 In tatsächlicher Hinsicht stellte die Vorinstanz fest, dass die Berufungskläger die Zahlungsaufforderung gemäss Art. 257d OR vom 29. Januar 2020 am 6. Februar 2020 entgegen genommen hätten, weshalb die dreissigtägige Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR bis am 9. März 2020 gelaufen sei. Da innert Frist

keine Zahlung erfolgt sei, sei die nach Ablauf der Zahlungsfrist unter Berücksichtigung der Frist- und Formvorschriften von Art. 257 Abs. 2 OR und Art. 266l Abs. 2 OR ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses, welche den Berufungsklägern am 20. März 2020 zugegangen sei, per 30. April 2020 gültig erfolgt. Zwar sei den Akten – so die Vorinstanz weiter – zu entnehmen, dass die Berufungskläger die ausserordentliche Kündigung angefochten hätten, allerdings sei diese Anfechtung nach unbestritten gebliebenen Aussagen der Berufungsbeklagten zu spät erfolgt, wobei es auch keinen Grund gäbe, an diesen unbestritten gebliebenen Aussagen zu zweifeln. Sodann gelte der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO für das Schlichtungsverfahren nicht, weshalb auch Art. 1 der (Not-)Verordnung des Bundesrates über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen auf den Fristenlauf und die Anhängigmachung der Kündigungsanfechtung gemäss Art. 273 OR keinen Einfluss habe. Die Berufungskläger befänden sich folglich heute ohne Rechtsgrund im Mietobjekt, weshalb dem Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten stattzugeben sei (act. 12, S. 5 f., E. II.3-6).

2.3 Im Berufungsverfahren stellen sich die Berufungskläger zunächst auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig und unrichtig festgestellt (act. 13 S. 4, Rz. 12). Zur Begründung bringen sie zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe eine zwischen ihnen und den Berufungsbeklagten bestehende Zusatzvereinbarung nicht berücksichtigt, gemäss welcher sie das höchst renovations- und umbaubedürftige Mietobjekt teilweise auf eigene Kosten in einen mietfähigen Zustand zu bringen hätten, wobei vereinbart gewesen sei, dass sie diese Kosten mit den Mietzinsen verrechnen könnten (act. 13 S. 3, Rz. 9). Insgesamt hätten sie Fr. 108'129.83 in den Umbau und die Renovation des Mietobjektes investiert (act. 13, S. 10, Rz. 10). Die Berufungskläger verkennen bei diesem Vorbringen allerdings, dass in tatsächlicher Hinsicht unter anderem dann ein klarer Fall im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO vorliegt, wenn der von der klagenden Partei vorgetragene Sachverhalt unbestritten geblieben ist. Dies war vorliegend der Fall, weil sich die Berufungskläger vor Vorinstanz nicht haben vernehmen lassen. Aus diesem Grund ist der von den Berufungsbeklagten vorgetragene Sachverhalt, wonach im Zeitpunkt der Kündigungsandrohung ein

Gesamtmietzinsausstand von Fr. 55'000.– bestanden habe und dieser innert der 30-tägigen Zahlungsfrist nicht bezahlt worden sei (vgl. act. 1 S. 4 f., Rz. 2.1 ff.), unbestritten geblieben. Auch lagen keine Anhaltspunkte vor, welche die Vorinstanz hätten veranlassen müssen, von sich aus an den Sachverhaltsdarstellungen der Berufungsbeklagten zu zweifeln, umso mehr, als die von den Berufungsklägern erwähnte Zusatzvereinbarung vom 19. Februar 2020 durch die Berufungsbeklagten bereits vor Vorinstanz eingereicht wurde (act. 3/3 = act. 16/04) und sich aus dieser eine ausdrückliche Verrechnungsabrede, wie sie die Berufungskläger nunmehr behaupten, nicht bzw. nur im Umfang von Fr. 1'000.– pro Monat ergibt (vgl. act. 3/3 = act. 16/04: *"ca. CHF 30'000.–, Amortisation über Mietzins Fr. 1'000.– monatlich"*). Die Vorinstanz ist deshalb entgegen den Berufungsklägern zu Recht von einem unbestritten gebliebenen Sachverhalt im Sinne von Art. 257 lit. a ZPO ausgegangen.

Soweit die Berufungskläger sodann sinngemäss geltend machen, der von ihnen erst im Berufungsverfahren vorgetragene Standpunkt sei noch zu berücksichtigen, verkennen sie, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und neue Beweismittel nur noch berücksichtigt werden können, wenn diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht machen konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungskläger begründen nicht, weshalb ihnen dies nicht möglich war. Auch ist dies nicht offensichtlich, datiert die von ihnen benannte Vereinbarung doch vom 19. Februar 2019 und die von ihnen eingereichten Rechnungen aus der Zeit von April 2019 bis April 2020 (act. 10/5/1-10), weshalb es ihnen ohne weiteres möglich gewesen wäre, ihren Standpunkt unter Einreichung dieser Beweismittel bereits auf entsprechende Fristansetzung der Vorinstanz vom 20. Mai 2020 (vgl. act. 5) hin vorzutragen. Im Berufungsverfahren sind die entsprechenden Vorbringen deshalb nicht mehr zu hören und die Berufung ist insoweit abzuweisen.

2.4 Dies gilt auch hinsichtlich der weiteren Vorbringen der Berufungskläger, wonach vor Vorinstanz nicht thematisiert worden sei, dass sie die Mietobjekte während der Dauer einer zweimonatigen Reparatur von Bodenschäden nicht vertragsgemäss hätten nutzen können bzw., dass ihnen die Schlüssel der beiden

Zimmer, welche sie zusätzlich gemietet hätten, gar nie übergeben worden seien, weshalb sie diese zu keinem Zeitpunkt hätten nutzen können (act. 13 S. 3, Rz. 9). Ebenfalls nicht mehr zu hören ist schliesslich das Vorbringen der Berufungskläger, wonach der Vertrag aufgrund eines Missverhältnisses zwischen dem Mietzins und dem Mietobjektswert rechts- und sittenwidrig sei, weshalb der Vertrag von Anfang an gar nicht gültig zustande gekommen sei (act. 13 S. 4, Rz. 13). Weiterungen dazu erübrigen sich ebenso, wie zu den weiteren Ausführungen der Berufungskläger, wonach der Vertrag auch wegen Übervorteilung bzw. absichtlicher Täuschung anfechtbar sei (act. 12 S. 4 f., Rz. 13); anzufügen ist immerhin, dass – käme es denn darauf an – von Vornherein nicht ersichtlich ist, was die Berufungskläger aus einer allfälligen Ungültigkeit des Mietvertrages im Sinne von Art. 21 bzw. Art. 31 OR zu ihren Gunsten ableiten würden, befänden sie sich doch auch diesfalls heute ohne Rechtsgrund im Mietobjekt (zum Eventuralantrag der Berufungskläger vgl. nachfolgend Ziff. 3).

2.5 Weiter bringen die Berufungskläger vor, die Rechtslage hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Kündigung während der Pandemiezeit sei entgegen der Vorinstanz nicht klar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO, weshalb die Anwendung des summarischen Verfahrens unter dem Titel Rechtsschutz in klaren Fällen von vornherein nicht zulässig sei (act. 13 S. 4, Rz. 12). Allerdings legen die Berufungskläger weder dar, weshalb die diesbezügliche Rechtslage unklar sein soll, noch ist dies offensichtlich. So hat die Vorinstanz bereits zutreffend dargelegt, dass der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. a ZPO für das Schlichtungsverfahren nicht gilt, weshalb auch Art. 1 der (Not-)Verordnung des Bundesrates über die Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus im Miet- und Pachtwesen (recte: der (Not-)Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19), SR 173.110.4) auf den Fristenlauf der Anhängigmachung der Kündigungsanfechtung gemäss Art. 273 OR im vorliegenden Verfahren keinen Einfluss gehabt habe (act. 12 S. 5 f., E. II.5). Anzufügen ist der Vollständigkeit halber, dass die Rechtmässigkeit der vorliegend zu beurteilenden Kündigung auch durch die Art. 2 und Art. 4 der Verordnung über die Abfederung der Auswirkungen des Corona-Virus im Miet- und Pachtwesen (COVID-19-

Verordnung Miete und Pacht, SR 221.213.4) nicht in Frage gestellt wird, wurde dort doch eine Fristverlängerung für die Bezahlung von Mietzinsen von vornherein nur für diejenigen Mietzinsen eingeräumt, welche zwischen dem 13. März 2020 und dem 31. Mai 2020 fällig geworden sind. Da vorliegend die 30-tägige Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR gemäss zutreffender Sachverhaltsfeststellung der Vor-instanz (vgl. act. 12 S. 5, E. II.3) für ausstehende Mieten vom Mai 2019 bis Januar 2020 bis zum 9. März 2020 lief, sind die entsprechenden Regelungen von vornherein nicht einschlägig. Entgegen der Ansicht der Berufungskläger hat die Vorin-stanz deshalb das Bestehen einer klaren Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO zu Recht bejaht. Die Berufung ist insoweit abzuweisen.

3. Schliesslich stellen die Berufungskläger den Eventualantrag, im Falle einer Ausweisung seien die Berufungsbeklagten zu verpflichten, ihnen Fr. 108'129.83 zu bezahlen (act. 13 S. 2, S. 5 Rz. 14). Da neue Anträge im Berufungsverfahren nur dann zulässig sind, wenn a) die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und b) sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen (Art. 317 Abs. 2 ZPO) und der von den Berufungsklägern geltend gemachte Anspruch auf Rechnungen aus der Zeit zwischen April 2019 und April 2020 beruht (dazu bereits vorstehend Ziff. II.2.3), ist auf diesen Antrag von Vornherein nicht einzutreten. Weiterungen inhaltlicher Art erübrigen sich dementsprechend.

III.
Kosten- und Entschädigungsfolgen

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 beim Einzelgericht am 19. Mai 2020 ist mit nicht mehr als sechs Monaten effektiver Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von insgesamt Fr. 6'200.– (act. 3/2 und 3/3) ergibt sich ein Streitwert von Fr. 37'200.–.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 7 und § 8 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei ihnen die Kosten je zur Hälfte aufzuerlegen sind und unter ihnen auf solidarische Haftung zu erkennen ist (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Den Berufungsbeklagten ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Auf den Eventualantrag wird nicht eingetreten.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.

4. Die Kosten werden den Berufungsklägern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag.

5. Den Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

7. 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. 37'200.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: