Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LF220034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 10. Juni 2022

in Sachen

A._____,
Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____, Dr.,
Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

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

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. April 2022 (ER220025)

Erwägungen:

1. Mit Mietvertrag vom 6. Januar 2021 mietete die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Mieterin) das 3. Obergeschoss an der C._____-strasse … in … Zürich als gewerbliches Objekt zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 4'400.– (act. 4/1). Mit Schreiben vom 2. November 2021 mahnte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Vermieter) die Mieterin für Mietzinsausstände von Fr. 8'100.– (Miete der Monate Oktober und November 2021 abzüglich einer Zahlung von Fr. 700.–) unter Kündigungsandrohung ab (act. 4/2). Mit Schreiben und Formular vom 23. Dezember 2021 sprach der Vermieter die ausserordentliche Kündigung per 31. Januar 2022 aus (act. 4/7).

Daraufhin gelangte der Vermieter mit Gesuch vom 4. Februar 2022 an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) und stellte folgende Rechtsbegehren:

> "1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihr demgemäss zu befehlen, die von ihr gemieteten Gewerberäumlichkeiten im 3. Obergeschoss (ganzes Geschoss) der Liegenschaft C._____-strasse …, … Zürich, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und dem Kläger zu übergeben.
>
> 2. Die zuständige Vollzugsbehörde sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken.
>
> 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Die Vorinstanz holte einen Kostenvorschuss (vgl. act. 6 und act. 9) und eine Stellungnahme zum Gesuch ein (act. 10 und act. 12). In ihrer Stellungnahme vom 11. März 2022 stellte die Mieterin folgende Anträge:

> "1. Das Ausweisungsbegehren ist abzuweisen.
>
> 2. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses ist festzustellen.
>
> 3. Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Klägerin."

Mit Urteil vom 11. April 2022 (act. 14 = act. 18 [Aktenexemplar] = act. 20] hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren wie folgt gut:

"1. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, die von ihr gemieteten Gewerberäumlichkeiten im 3. Obergeschoss (ganzes Geschoss) der Liegenschaft C._____-strasse …, … Zürich, sofort zu verlassen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben.

2. Das Stadtammannamt Zürich 1 wird angewiesen, Dispositiv-Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschiessen. Sie sind ihm aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.

3. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– wird der Gesuchsgegnerin auferlegt, aber mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller diesen Betrag zu ersetzen.

4. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 3'016.– zu bezahlen.

5. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Parteientschädigung wird abgewiesen.

6./7. Mitteilung/Rechtsmittel"

Hiergegen erhob die Mieterin mit Eingabe vom 29. April 2022 rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (act. 19; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 15b):

"1. Das Ausweisungsbegehren sei abzuweisen und Berufung gegen das Urteil v. 11.4.22 sei gutzuheissen.

2. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses um mind. 2 Jahre sei festzustellen.

3. Die geleisteten Teilzahlungen sind anzuerkennen.

4. Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Klägerin."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-16). Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Vermieter ist mit dem vorliegenden Entscheid das Doppel der Berufungsschrift zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO).

Geht es in einem Verfahren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) nur um die Frage der Ausweisung, ist also die Gültigkeit der Kündigung als solche bzw. der Bestand des Mietverhältnisses nicht (mehr) strittig, besteht das wirtschaftliche Interesse der Parteien im Mietwert, der durch die Verzögerung infolge des Summarverfahrens selber entsteht. Unabhängig von allfälligen kantonalen Unterschieden in der tatsächlichen Bewältigung solcher Verfahren ist insoweit von einer Dauer von sechs Monaten auszugehen. Ist dagegen die Kündigung ebenfalls strittig, ist diese selber Streitgegenstand. Würde deren Unzulässigkeit die Kündigungssperrfrist nach Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auslösen, entspricht der Streitwert in der Regel dem Mietwert für drei Jahre, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, auf welchen Zeitpunkt hin nach Ablauf der Sperrfrist das Mietverhältnis frühestens gekündigt werden kann (vgl. BGE 144 III 346; OGer ZH, LF210073 vom 13. Oktober 2021, E. II./1.2, m.w.H.).

Der vorinstanzlich gestellte Antrag Ziff. 2 der Mieterin ist so zu verstehen, dass sie mit ihm die Gültigkeit der Kündigung in Zweifel zu ziehen suchte (vgl. act. 12 und act. 19). Angesichts der konkreten Formulierung des Begehrens und den Ausführungen in ihrer Stellungnahme liegt fern, dass es sich dabei um ein Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses gemäss Art. 272 ff. OR – welches bei der Vorinstanz im Lichte von Art. 224 Abs. 1 ZPO mangels gleicher Verfahrensart ohnehin nicht zulässig gewesen wäre – gehandelt hat (vgl. act. 12 Antrag Ziff. 2). Demzufolge ist vorliegend in Abweichung von der Rechtsauffassung der Vorinstanz die Kündigung selber Verfahrensgegenstand und damit streitwertbestimmend (vgl. act. 18 E. 6). Unter Berücksichtigung der dreijährigen Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR sowie der konkreten Kündigungsbestimmungen (6-monatige Frist, je auf Ende März und Ende September; vgl. act.

4/1) ist von einem Streitwert der Sache von Fr. 206'800.– auszugehen (47 Mietzinse à Fr. 4'400.–). Die Sache ist mithin berufungsfähig.

2.2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO schriftlich einzureichen und zu begründen. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Rechtsmittelinstanz ohne Weiteres verstanden werden zu können. Die Berufung führende Partei hat sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid aus ihrer Sicht unrichtig ist und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Es sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer, 5A_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1). Bei Laien werden an die Begründung eines Rechtsmittels indessen nur minimale Anforderungen gestellt; es muss wenigstens rudimentär dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (vgl. OGer ZH, NQ110031 vom 9. August 2011, E. 2.2.1 f.; OGer ZH, PF110034 vom 22. August 2011, E. 3.2; OGer ZH, LF170043 vom 7. August 2017, E. 2).

2.3. Die Vorinstanz zog in Erwägung, dass eine form- und fristgerechte ausserordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach Art. 257d i.V.m. Art. 266l OR vorliege. Unbestrittenermassen seien von den abgemahnten Mietzinsausständen von Fr. 8'100.– unter Berücksichtigung einer von der Mieterin geltend gemachten Zahlung vom 22. November 2021 über Fr. 1'200.– zumindest Fr. 6'900.– offen geblieben (act. 18 E. 3.1). Unbeachtlich bleibe eine Zahlung über Fr. 800.–, welche erst am 7. Februar 2022 an eine gewisse D._____ in E._____ geleistet worden sei. Bei dieser Zahlung bleibe unklar, ob sie überhaupt beim Vermieter eingegangen sei. So oder anders sei sie jedoch erst nach Anhängigmachung des Ausweisungsgesuchs erfolgt (act. 18 E. 3.2.3). Eine Erstreckung

des Mietverhältnisses sei nach Art. 272a Abs. 1 lit. a OR ausgeschlossen, weswegen das hängige Verfahren vor der Schlichtungsbehörde Zürich kein Hindernis für das Ausweisungsgesuch darstelle (act. 18 E. 3.2.3). Die vom Vermieter beantragte Vollstreckungsmassnahme – die Räumung des Mietobjekts gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO – sei schliesslich angemessen (act. 18 E. 5).

2.4. In ihrer Berufung stellt sich die Mieterin auf den Standpunkt, "inzwischen geleistete" Zahlungen – womit wohl früher geleistete Zahlungen gemeint sind – an die D._____ in E._____ seien rechtmässig und vertragskonform erfolgt. Die Bankverbindung sei ihr vom Vermieter (bzw. dessen Hilfsperson) mitgeteilt worden und bisherige Zahlungen seien beanstandungslos akzeptiert worden. Im Mietvertrag sei keine abweichende Bankverbindung ersichtlich. Des Weiteren macht die Mieterin Ausführungen zu ihrer Parteifähigkeit und hält die angeordneten Vollstreckungsmassnahmen für unverhältnismässig (act. 19).

2.5. Damit setzt sich die Mieterin mit dem angefochtenen Urteil, insoweit darin ihre Verpflichtung zur Räumung der streitgegenständlichen Liegenschaft im Sinne eines Leistungsurteils angeordnet wird, nicht rechtsgenüglich auseinander. Nichts stellt sie insbesondere der Erwägung der Vorinstanz entgegen, wonach höchstens ein Teil des abgemahnten Mietzinsausstandes beglichen wurde und die ausserordentliche Kündigung mit Wirkung per 31. Januar 2022 gültig sei. Stattdessen befasst sie sich mit der von ihr behaupteten Zahlung von Fr. 800.–, welche aber erst nach der Beendigung des Mietverhältnisses und nach der Anhängigmachung des Ausweisungsverfahrens erfolgt sei. Die Beendigung des Mietverhältnisses durch ausserordentliche Kündigung vermag diese verspätete Zahlung, ob diese nun an den Vermieter gelangt ist oder nicht, nicht in Frage zu stellen, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat. Die Berufung ist in diesem Punkt selbst nach dem für Laien reduzierten Massstab nicht hinreichend begründet, weswegen auf das Rechtsmittel diesbezüglich nicht einzutreten ist.

2.6. Ein Nichteintretensentscheid hat überdies in Bezug auf die Berufungsanträge 2 und 3 zu ergehen. Die Berufungsinstanz ist im vorliegenden Verfahren weder für die Feststellung der Fortsetzung des Mietverhältnisses um mindestens zwei Jahre – womit eine Erstreckung gemeint ist (act. 19 S. 2), welche im Kündigungs-

schutzverfahren geltend zu machen wäre, wobei eine Erstreckung vorliegend ohnehin ausgeschlossen wäre (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR) – noch die formelle "Anerkennung" von Teilzahlungen zuständig.

3. In der Sache zu prüfen bleibt damit einzig die Beanstandung der Mieterin, das von der Vorinstanz gewählte Vollstreckungsmittel sei unverhältnismässig.

3.1. Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Erkenntnisgericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Zu Gebote stehen die in Art. 343 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgeführten Vollstreckungsmittel, wobei die Auswahl dem Vollstreckungsgericht ohne Bindung an einen allfälligen Antrag der gesuchstellenden Partei überlassen bleibt (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl., Zürich, Art. 343 N 14, m.w.H.). Die Anwendung direkten Zwanges wird gesetzlich explizit für die Räumung eines Grundstückes vorgesehen (Art. 341 Abs. 1 lit. d ZPO). Bei der Wahl des Vollstreckungsmittels ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (vgl. BGer, 4A_207/2014 vom 19. Mai 2014, E. 3.1; OGer ZH, NP170004 vom 25. April 2017, E. III./4.1), welcher sich vor allem bei Ausweisungen aus Wohnbauten dahingehend niederschlägt, dass unter Umständen die Ansetzung einer kurzen Frist zum freiwilligen Vollzug angebracht sein kann (vgl. ausführlich BGer, 4A_389/2017 vom 26. September 2017, E. 8; OGer ZH, LF210054 vom 7. September 2021, E. 2.2). In aller Regel stellt die Räumung der betroffenen Liegenschaft jenes Zwangsmittel dar, welches im Ausweisungsverfahren dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz am besten Nachachtung verschafft. Indirekte Zwangsmittel wie eine Strafandrohung nach Art. 292 StGB oder eine Ordnungsbusse (Art. 341 Abs. 1 lit. a–c ZPO) dürften in den wenigsten Ausweisungsverfahren zu einer hinreichend zeitnahen Freigabe der Liegenschaft führen und stellen daher kaum je geeignete Massnahmen dar.

3.2. In grundsätzlicher Hinsicht ist das von der Vorinstanz gewählte Vollstreckungsmittel des direkten Zwangs daher nicht zu beanstanden. Weder vorinstanzlich noch heute bei der Kammer brachte die Mieterin konkrete Gründe vor, welche die Wahl eines anderen Vollstreckungsmittels nahegelegt hätten bzw. heute nahelegen würden. Da es sich vorliegend um eine gewerblich genutzte Liegenschaft handelt, ist keine zusätzliche Auszugsfrist geboten. Die Mieterin beruft sich daher

vergeblich auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Ihre Berufung ist in diesem Punkt als in der Sache unbegründet abzuweisen.

4. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

5. Ausgangsgemäss wird die Mieterin kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 206'800.– (vgl. oben E. 2.1.) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Mieterin nicht zufolge ihres Unterliegens, dem Vermieter nicht mangels Aufwand, der zu entschädigen wäre.

Es wird erkannt:

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

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller und Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel von act. 19 und act. 21/2-3, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

   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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 206'800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am:
10. Juni 2022