

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF110065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 22. Dezember 2011

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 15. November 2011 (ER110317)

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) (unter-)vermietete mit Mietvertrag vom 15./20. Januar 2010 dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) in der (ihrerseits mit Mietvertrag vom 10. August 2009 von C._____ gemieteten) Liegenschaft ...strasse ... die 1½-Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss, hinten links, zu einem Bruttomietzins von Fr. 1'300.00 pro Monat (act. 2/1-2).

2. Am 1. November 2011 stellte die Klägerin bei der Vorinstanz das Begehren, es sei dem Beklagten zu befehlen, das erwähnte Mietobjekt unverzüglich zu verlassen, zu räumen und es vertragsgemäss abzugeben (act. 1).

3. Die Vorinstanz trat mit Verfügung vom 15. November 2011 auf das Begehren der Klägerin vom 1. November 2011 nicht ein (act. 9).

4. Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 21. November 2011 Beschwerde mit dem Antrag (sinngemäss), das vor der Vorinstanz gestellte Ausweisungsbegehren sei gutzuheissen (act. 10). In Wahrung der Beschwerdefrist erfolgte eine weitere Eingabe der Klägerin vom 24. November 2011 (hier eingegangen am 25. November 2011), mit welcher die Klägerin die Beschwerde ergänzte (act. 13).

5. Der mit Verfügung vom 28. November 2011 (act. 16) auferlegte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde von der Klägerin fristgemäss geleistet (act. 20, 21), und die von einer nicht zeichnungsberechtigten Person unterzeichnete Beschwerdeeingabe wurde aufforderungsgemäss vom zeichnungsberechtigten D._____ genehmigt (act. 18, 19).

6. Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Prozessuale Vorbemerkungen:

1.1 Das vorliegende Verfahren steht unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, da der angefochtene Entscheid nach deren Inkrafttreten eröffnet wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert Fr. 10'000.00 erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO).

Der Streitwert des vorliegenden Ausweisungsverfahrens beträgt, wie von der Vorinstanz unter Hinweis auf Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 45, zutreffend festgehalten (act. 9 S. 3), Fr. 7'800.00, was 6 Bruttomietzinsen im Betrag von Fr. 1'300.00 entspricht. Gestützt darauf erweist sich die angefochtene Verfügung, wie von der Vorinstanz ebenfalls richtig festgehalten, als nicht berufungsfähig

Somit ist das von der Klägerin erhobene Rechtsmittel als Beschwerde entgegen zu nehmen.

2. Zur Sache:

2.1 Die Klägerin begründete ihr Ausweisungsbegehren vor der Vorinstanz damit, dass das Mietverhältnis infolge Nichtbezahlung des Mietzinses am 23. August 2011 ordnungsgemäss per 30. September 2011 gekündigt worden sei, der Beklagte sich indes dessen ungeachtet weiter im Mietobjekt aufhalte (act. 1, 2/5).

2.2 Die Vorinstanz hielt dazu fest, die Gültigkeit einer ausserordentlichen Kündigung infolge Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR setze voraus, dass der Vermieter dem Mieter schriftlich eine Zahlungsfrist angesetzt und ihm angedroht habe, dass bei deren unbenütztem Ablauf das Mietverhältnis gekündigt werde. Die Klägerin habe, so die Vorinstanz weiter, jedoch weder behauptet, dem Be-

klagten eine Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung angesetzt zu haben, noch finde sich eine solche Fristansetzung in den eingereichten Unterlagen. Die Klägerin habe daher die Gültigkeit der Kündigung und damit die Auflösung des Mietverhältnisses in tatsächlicher Hinsicht nicht genügend dargetan. Der Ausweisungsanspruch sei deshalb bereits gestützt auf die Eingabe der Klägerin samt Beilagen nicht liquide, weshalb das Gesuch offensichtlich unzulässig sei. Daher sei darauf nicht einzutreten (act. 9 S. 3).

2.3 Vorauszuschicken ist, dass das Untermietverhältnis zwischen dem Untermieter und dem Untervermieter ein gewöhnliches Mietverhältnis darstellt, mit allen sich daraus ergebenden beidseitigen Rechten und Pflichten. Der das Untermietverhältnis begründende Untermietvertrag ist daher ein gewöhnlicher Mietvertrag nach Art. 253 OR (ZK-Higi, Art. 262 OR N 9).

2.3.1 Den vorinstanzlichen Erwägungen ist zuzustimmen. Im als summarisches Verfahren ausgestalteten Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO ist kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen und liegt der Entscheid über die Durchführung einer Hauptverhandlung im Ermessen des Gerichts. Daher haben die Parteien dem Gericht den Sachverhalt mit zugehörigen Beweismitteln im Gesuch bzw. in der Stellungnahme zum Gesuch grundsätzlich abschliessend beizubringen (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 N 19 f.). Ergibt sich aus dem Begehren einer klagenden Partei auf Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO bereits die Illiquidität des Begehrens, so ist auf dieses deshalb ohne weiteres nicht einzutreten.

2.3.2 Zutreffend ist auch, dass die Klägerin vor der Vorinstanz eine Kündigung infolge Zahlungsverzugs geltend machte, ohne eine Mahnung im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR zu erwähnen oder als Beilage zu den Akten zu reichen (vgl. act. 1, 2/1-5). Ohne vorherige Mahnung ist die Zahlungsverzugskündigung unwirksam (Lachat et al., Mietrecht, 8. Auflage 2009, S. 546). Teil der im Ausweisungsbegehren darzulegenden Liquidität des Ausweisungsanspruchs ist daher, wenn sich der Anspruch auf eine Zahlungsverzugskündigung stützt, auch der Nachweis, dass die Mahnung wie vom Gesetz verlangt erfolgte. Die Klägerin hat

somit vor der Vorinstanz keine Liquidität hinsichtlich ihres Ausweisungsanspruchs gestützt auf die Zahlungsverzugskündigung dargetan.

Ausgeschlossen war in dieser Situation im Übrigen auch eine Konversion der (aufgrund des Vorgebrachten) ungültigen Zahlungsverzugskündigung in eine gültige ordentliche Kündigung auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin (vgl. Lachat et al., a.a.O., S 532). Dass die ordentliche Kündigungsfrist nach dem Mietvertrag vom 15./20. Januar 2010 ebenfalls (wie bei der Zahlungsverzugskündigung, vgl. Art. 257d Abs. 2 OR) nur einen Monat betrug (act. 2/1), tut nichts zur Sache, da die Klägerin sich nicht auf diese ordentliche Kündigungsfrist berufen könnte: Beim Mietobjekt handelte es sich um eine 1½-Zimmer-Wohnung und nicht etwa um ein möbliertes Zimmer nach Art. 266e OR (vgl. act. 2/1 sowie zur Definition des möblierten Zimmers nach der erwähnten Bestimmung Lachat et al., a.a.O., S. 528). Mithin wurde im erwähnten Mietvertrag eine Wohnungsmiete nach Art. 266c OR vereinbart. Bei dieser Art Mietvertrag ist die dreimonatige ordentliche Kündigungsfrist von Art. 266c OR als Minimalfrist ausgestaltet, die vertraglich nur verlängert, nicht aber verkürzt werden kann (Art. 266a Abs. 1 OR, vgl. Lachat et al., a.a.O., S. 529 unten).

2.3.3 Die Vorinstanz kam daher auf Basis des in ihrem Verfahren Vorgebrachten mit Recht zum Schluss, die Gültigkeit der Kündigung und damit die Auflösung des Mietverhältnisses seien von der Klägerin in tatsächlicher Hinsicht nicht genügend dargelegt worden und das Ausweisungsbegehren sei daher illiquid (act. 9 S. 3).

2.4 Die Klägerin macht beschwerdeweise neu geltend, sie habe den Beklagten am 8. April 2011 gemahnt (act. 10, 12/1). Diesbezüglich, sowie auch mit Blick auf die weiteren neu eingereichten Unterlagen, verkennt die Klägerin indessen, dass im Beschwerdeverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen sind (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch in Verfahren, in welchen der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (ZK ZPO-Freiburg-haus/Afheldt, Art. 326 N 4 f.; vgl. auch BGer 5A_405/2011 E. 4.5.3), wobei nach der neuen schweizerischen ZPO die soziale Untersuchungsmaxime mit Blick auf mietrechtliche Verfahren ohnehin nur für die im vereinfachten Verfahren nach

Art. 243 ff. ZPO zu beurteilenden Streitigkeiten vorgeschrieben ist (vgl. Art. 247 OR) und nicht etwa für das summarische Verfahren zur Geltendmachung des Rechtsschutzes in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO (vgl. dazu Göksü, DIKE-Komm-ZPO, Art. 257 N 18).

2.5 Die Vorinstanz ist nach dem Gesagten gestützt auf das ihr vorgebrachte Tatsachenmaterial zu Recht auf das Begehren der Klägerin nicht eingetreten, und auf die neuen Tatsachenvorbringen der Klägerin im Beschwerdeverfahren darf die Beschwerdeinstanz aufgrund des erwähnten Novenausschlusses nicht eingehen.

Beim Schluss der Vorinstanz, welche die Liquidität des klägerischen Begehrens verneinte, hat es daher sein Bewenden. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen.

Die Klägerin ist erneut darauf hinzuweisen, dass ihr die Klage im ordentlichen Verfahren offen steht (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 N 31).

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Dem Beklagten ist mangels Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteienschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirkes Zürich vom 15. November 2011 (ER110317) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.00 festgesetzt.

3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage je eines Doppels von act. 10 und 13, 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'800.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: