

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 26. Juni 2017

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____, Dr. med.,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend
Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerich-
tes Zürich vom 29. März 2017 (ER170017)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegner unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihm demgemäss zu befehlen, den von ihm gemieteten Büroraum (ca. 122 m²) im 4. Obergeschoss sowie den Lagerraum (ca. 32.8 m²) im 1. Untergeschoss der Liegenschaft C. _____-Strasse ..., ... Zürich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sowie in den ursprünglich übergebenen Zustand (Grundausbau) zurückgebaut, sofort zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
2. Die zuständige Vollzugsbehörde (Stadtammannamt Zürich 8) sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. März 2017:

(act. 12 = act. 18 = act. 20)

1. Auf das Gesuch vom 1. Februar 2017 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'920.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.

[4.-6. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 19 S. 2)

- "1. Es sei die Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 29. März 2017 aufzuheben.
2. Es sei der Berufungsbeklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihm demgemäss zu befehlen, den von ihm gemieteten Büroraum (ca. 122 m²) im 4. Obergeschoss sowie den Lagerraum (ca. 32.8

- m²) im 1. Untergeschoss der Liegenschaft C._____-Strasse ..., ... Zürich, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sowie in den ursprünglich übergebenen Zustand (Grundausbau) zurückgebaut, sofort zu verlassen und der Berufungsklägerin zu übergeben.
3. Die zuständige Vollzugsbehörde (Stadtammannamt Zürich 8) sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Berufungsklägerin zu vollstrecken.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Der Mieter, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Mieter) ist Facharzt für Kardiologie und Innere Medizin (act. 12/3). Mit schriftlichem Vertrag vom 5. August 2016 mietete er per 16. August 2016 von der Vermieterin, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Vermieterin) Büroräumlichkeiten im 4. Stock an der C._____-Strasse ... in ... Zürich zu einem Bruttomietzins von Fr. 13'399.95 pro Quartal (act. 4/1). Darin vereinbarten die Parteien u.a. auch, dass die Vermieterin an den Ausbau des Mietobjekts einen Betrag von Fr. 20'000.– zahle, sofern die Ausbaukosten (mieterspezifisches Mobiliar ausgenommen) Fr. 40'000.– übersteigen (act. 4/1 Ziff. 25.2 "Investitionsbeitrag", S. 14). Mit schriftlichem Nachtrag vom 22. September 2016 mietete der Mieter zusätzlich einen Lagerraum im 1. Untergeschoss der Mietliegenschaft zu einem Preis von monatlich Fr. 410.– hinzu (act. 4/2).

2. Mit Schreiben vom 2. November 2016, welches mit "Mahnung und Kündigungsandrohung" überschrieben ist, mahnte die Vermieterin den Mieter für ausstehende Mietzinsen und Nebenkosten im Gesamtbetrag von Fr. 10'563.30 ab. Sie forderte den Mieter darin auf, den Betrag innert 30 Tagen zu überweisen. Weiter machte die Vermieterin ihn auf Art. 257d Abs. 2 OR aufmerksam (act. 4/3).

Das Schreiben wurde dem Mieter am 3. November 2016 zugestellt (act. 4/4 f.). Mit amtlichen Formular vom 5. Dezember 2016 sprach die Vermieterin gegenüber dem Mieter die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2017 aus (act. 4/7). Dieses Schreiben ging dem Mieter am 6. Dezember 2016 zu (act. 4/8 f.). In der Folge überwies er der Vermieterin mit Valuta vom 12. Dezember 2016 den abgemahnten Betrag von Fr. 10'563.30 (act. 12/8). Ebenso focht der Mieter die Kündigung am 5. Januar 2017 bei der zuständigen Schlichtungsbehörde an (act. 10 S. 7). Das Kündigungsschutzverfahren ist zur Zeit am Mietgericht Zürich, Kollegialgericht, hängig und ist bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Verfahrens sistiert (act. 12/9 f.).

3. Am 1. Februar 2017 stellte die Vermieterin beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (fortan Vorinstanz) das eingangs erwähnte Ausweisungsbegehren (act. 1–4). Die Vorinstanz lud die Parteien auf den 29. März 2017 zur mündlichen Stellungnahme vor (act. 5–9). Nach durchgeführter Verhandlung (Prot. Vi S. 3 ff.) trat sie mit Verfügung vom 29. März 2017 auf das Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 12 = act. 18 = act. 20). Der Entscheid wurde den Parteien am 3. Mai 2016 zugestellt (act. 13). Mit Eingabe vom 15. Mai 2017 erhob die Vermieterin fristgerecht Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 19). Die Kammer zog die vorinstanzlichen Akten bei (act. 1-16) und setzte der Vermieterin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'000.– (act. 22), welcher fristgerecht einging (act. 23 f.). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Zur Begründung ihres Entscheids hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, dass der Mieter geltend gemacht habe, er habe mehrmals – erstmals am 7. November 2016 – telefonisch die Verrechnung seiner Forderung in der Höhe von Fr. 20'000.– mit den ausstehenden Mietzinsen erklärt (act. 18 S. 6). Wenn gleich die Voraussetzungen nach Ziffer 25.2 des Mietvertrags mangels Vorlage

der Endabrechnungen wohl nicht gegeben waren, sei davon auszugehen, dass die Parteien diesbezüglich zumindest Gespräche geführt hätten. Der Mieter sei während der 30-tägigen Zahlungsfrist mehrmals in Kontakt mit der Liegenschaftsverwaltung der Vermieterin gestanden und habe um ein Gespräch ersucht. Frau D._____ von der Liegenschaftsverwaltung habe dem Mieter zwei Gesprächstermine nach Ablauf der Zahlungsfrist vorgeschlagen. Zwei Tage vor dem vereinbarten Treffen am 7. Dezember 2016 habe die Vermieterin die Kündigung ausgesprochen, obwohl der Mieter habe davon ausgehen dürfen und müssen, dass bis zum vereinbarten Gesprächstermin davon abgesehen werde. Das Verhalten der Vermieterin sei widersprüchlich und damit treuwidrig. Auf das Gesuch um Ausweisung sei mangels klaren Sachverhalts und klaren Rechts nicht einzutreten (act. 18 S. 11 f.). Unklares Recht liege im Übrigen auch in Bezug auf die Wirksamkeit der Kündigung vor, weil die Vermieterin die Kündigung bereits am letzten Tag der Zahlungsfrist ausgesprochen habe. Dies könne die Unwirksamkeit der Kündigung begründen (act. 18 S. 12).

2. Die Vermieterin beanstandet, dass die Vorinstanz einerseits ihr Ermessen in der Anwendung von Art. 257d OR sowie Art. 257 ZPO missbraucht habe. Andererseits habe sie Beweise falsch gewürdigt und damit den Sachverhalt unrichtig festgestellt (act. 19 S. 6): Entgegen der Vorinstanz sei eine Kündigung, welche am letzten Tag der Zahlungsfrist ausgesprochen werde, nach Lehre und Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen gültig. Einerseits dürfen an diesem Tag keine Mietzinszahlungen beim Vermieter mehr eingehen, andererseits müsse die Kündigung dem Mieter erst nach Ablauf der Zahlungsfrist zugehen. Beides habe die Vermieterin erfüllt. Das Argument der Vorinstanz – so die Vermieterin sinngemäss – sei nicht stichhaltig (act. 19 S. 12 f.). Selbst wenn weiter davon ausgegangen würde, dass das Führen von Gesprächen über Forderungen während der angesetzten Zahlungsfrist nach Art. 257d OR eine Missbräuchlichkeit der – nach Ablauf der Frist gleichwohl – ausgesprochenen Kündigung indizierte, könne vorliegend weder von "Führen von Gesprächen" noch von einer berechtigten Verrechnungsforderung der Mieterseite ausgegangen werden. Die Gegenforderung von Fr. 20'000.– sei bis heute nicht entstanden bzw. fällig geworden. Nach

bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätte sie der Mieter überdies in Höhe und Bestand zu beweisen, was er allerdings nicht könne. Die behauptete telefonische Verrechnungserklärung stelle eine haltlose Schutzbehauptung dar. Eine blosser Terminvereinbarung stelle weiter kein "Führen von Gesprächen" dar. Im Übrigen sei dem Mieter zu keiner Zeit versprochen worden und es wurde ebenso wenig zu erkennen gegeben, man spreche am Termin vom 7. Dezember 2016 nochmals über den Mietzinsausstand oder er, der Mieter, brauche zumindest vorübergehend keine Zahlung zu leisten. Es widerspräche auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine Vermieterin dem Mieter, welcher wegen der drohenden Kündigung um ein Gespräch ersucht, gleichzeitig die Zahlungsfrist bis zur Durchführung des Gesprächs verlängere. Auch dieses Vorbringen des Mieters stelle eine reine Schutzbehauptung dar. Blosser Schutzbehauptungen reichten indes nicht aus, um einen Sachverhalt oder die Rechtslage illiquid werden zu lassen (act. 19 S. 7 ff.).

III.

1. Es liegt ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen im Streit (Art. 257 ZPO). Prozessgegenstand bildet die Ausweisung des Mieters gestützt auf eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen sowie zur Zahlungsverzugskündigung auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 18 S. 2–4, Erw. 2).
2. In der Berufungsschrift hält die Vermieterin zu Recht fest, dass der Mieter den Zahlungsverzug im erstinstanzlichen Verfahren nicht bestritt (act. 19 S. 5; vgl. auch act. 10 S. 7). Das Mahnschreiben mit Kündigungsandrohung vom 2. November 2016 sowie die Kündigung vom 5. Dezember 2016 erfüllen die erforderlichen Formalien (act. 4/3 sowie act. 4/7). Hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Fristen ist zu bemerken, dass die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR nach dem Gesetz grundsätzlich erst *nach* dem unbenützten Ablauf der Zahlungsfrist entsteht (vgl. dazu deutlich BGE 119 II 147, E. 3a). Die Kündigung der Vermieterin datiert vom 5. Dezember 2016 – dem letzten Tag der Zahlungsfrist (act. 4/5 f. i.V.m. act. 4/7) – und ging dem Mieter am

6. Dezember 2016 zu (act. 4/8 f.). Sie wurde damit vor Ablauf der Zahlungsfrist verfasst und der Post übergeben, ging dem Mieter indes nach ihrem Ablauf zu (act. 4/9). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt es keine Rechtsverletzung dar, wenn die an sich zu früh erklärte Kündigung, welche nach Fristablauf zugeht, nicht als unwirksam qualifiziert wird (BGer, 4A_585/2010 vom 2. Februar 2011, E. 3.5; siehe ferner BGer 4C.96/2006 vom 4. Juli 2006, E. 2.2). Auch wenn diese Lösung dogmatisch nicht ganz überzeugt (vgl. zur Kritik insbes. ZK-Higi, Art. 257d N 47), ist nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid in dieser Hinsicht von klarem Recht i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO auszugehen (vgl. dazu BGer 4A_350/2015 vom 25. August 2015, E. 4.2). Es gereicht der Vermieterin damit – wie sie zutreffend bemerkt und auch begründet (act. 19 S. 12, Rz. 30 f.) – nicht zum Nachteil, dass sie die Kündigung bereits am letzten Tag der Zahlungsfrist verfasste und versandte.

3. Wie die Vorinstanz richtig erwog (act. 18 S. 6), machte der Mieter im erstinstanzlichen Verfahren geltend, dass er telefonisch mehrmals – erstmals am 7. November 2016 – seine vertraglich begründete Forderung für den Ausbau des Mietobjekts in der Höhe von Fr. 20'000.– mit dem abgemahnten Betrag verrechnet habe (act. 10 S. 4 sowie S. 9 f.; Prot. Vi S. 15). Die Vermieterin bestreitet dies (act. 19 S. 10) und macht weiter geltend, dass eine entsprechende Verrechnungsforderung nach den vertraglichen Bestimmungen noch gar nicht habe entstehen und überdies nicht habe bewiesen werden können (act. 19 S. 9 f.). Der Mieter machte im erstinstanzlichen Verfahren weiter geltend, dass der Mieter mehrmals um einen Besprechungstermin ersucht habe, welcher am 7. Dezember 2016 auch stattgefunden habe. Es sollte über die gegenseitigen Forderungen diskutiert werden. Am Schluss der Besprechung hätten die Anwesenden dem Mieter sodann die Behebung der protokollierten Mängel sowie die Überprüfung der Zusammenstellung der Umbaukosten zugesagt. Auch die zwischenzeitlich vorgenommene Kündigung solle überprüft werden. Der Ausstand sei jedoch umgehend zu bezahlen, was der Mieter sodann auch getan habe (act. 10 S. 5–7). Auch diese Darstellung bestritt die Vermieterin im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. insbes. Prot. Vi S. 6 ff.).

4. Die Verfahrensart des Rechtsschutzes in klaren Fällen erlaubt es der Gesuchstellerin, rasch und ohne einlässlichen Prozess im ordentlichen Verfahren zu einem rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid zu kommen (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7351). Diese verfahrenstechnische Besonderheit nimmt die Gesuchstellerin als Vermieterin besonders in die Pflicht. Ihr obliegt es insbesondere, für die anspruchsbegründenden Tatsachen den vollen Beweis zu erbringen und damit für klare Verhältnisse zu sorgen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1 m.w.H.; BGer, 4A_310/2013 vom 19. November 2013, E. 2 m.w.H.). Bestreitet die Gegenpartei die von der Gesuchstellerin behaupteten Tatsachen glaubhaft oder setzt sie dem geltend gemachten Anspruch glaubhafte Einreden oder Einwendungen entgegen, die die Gesuchstellerin nicht als unerheblich entkräften kann, kann der Rechtsschutz nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt (BGE 138 III 620, E. 5.1.1 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. bereits Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7352). Es genügt, wenn die Gegenpartei substantiiert und schlüssig Einwendungen und Einreden vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die richterliche Überzeugung zu erschüttern – ein eigentliches Glaubhaftmachen ist nicht notwendig (vgl. zuletzt BGer, 4A_14/2017 vom 15. Februar 2017, E. 4.2 oder BGE 142 III 23, E. 3.2, jeweils mit Hinweisen). Dahingegen vermögen aber offensichtlich haltlose Bestreitungen bzw. Einwendungen, einen an sich bewiesenen Sachverhalt nicht als illiquid erscheinen zu lassen (vgl. erstmals BGer, 5A_645/2011 vom 17. November 2011, E. 1.2). Es gilt jedoch zu beachten, dass ein Vorbringen erst dann haltlos ist, wenn es sich aufgrund der gesamten Umstände ohne Weiteres als unwahr erweist. Das Vorbringen muss zufolge klarer gegenteiliger Anhaltspunkte im höchsten Grad unwahrscheinlich wirken. Die Unwahrheit muss praktisch erwiesen sein. Entsprechend ist nicht leichthin von Haltlosigkeit auszugehen (Egli, Rechtsschutz in klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, 1 ff., S. 11).

5. Dass der Mieter am 7. November 2016 telefonisch die Verrechnung einer Forderung über Fr. 20'000.– mit dem abgemahnten Betrag erklärte und überdies am 7. Dezember 2016 ein Gespräch mit dem angeführten Inhalt stattfand, ist

denkbar und nicht im höchsten Grad unwahrscheinlich. Aus den Akten geht nämlich zunächst hervor, dass am 7. November 2016 zwischen E. _____ von der F. _____ AG und dem Mieter tatsächlich ein Telefongespräch stattfand (act. 12/2). Weiter ist ersichtlich, dass (i) D. _____ von der F. _____ AG dem Mieter mit E-Mail vom 22. November 2016 zwei Terminvorschläge für ein Gespräch am 7. oder 22. Dezember 2016 unterbreitete (act. 12/5), und dass (ii) am 7. Dezember 2016 ein Gespräch zwischen dem Mieter sowie G. _____ und H. _____ – beide von der F. _____ AG – auch tatsächlich stattfand (act. 12/7; act. 4/10), was auch die Vermieterin anerkannte (Prot. Vi S. 7).

6. Die behauptete Verrechnungsforderung findet ihre Stütze in Ziffer 25.2 des Mietvertrags, welcher Folgendes festhält (act. 4/1 S. 14):

"Der Vermieter übernimmt (...) eine Kostenbeteiligung am Ausbau des Mietvertrags in Höhe von CHF 20'000.00 inkl. MWST à fonds perdu sofern die Ausbaukosten (...) mindestens CHF 40'000.00 betragen. Die Einmalzahlung (...) erfolgt nach Abschluss der Ausbaurbeiten und Vorlage aller Endabrechnungen der beteiligten Bauunternehmen. Der Mieter legt dem Vermieter diese Rechnungen unaufgefordert vor. (...)"

Die Vermieterin bringt vor, dass die Verrechnungsforderung erst entstehe, wenn die Ausbaukosten mehr als Fr. 40'000.– betragen würden *und* der Mieter die Endabrechnung sowie die dazugehörigen Belege vorlege (act. 19 S. 9). Dem kann gestützt auf den Wortlaut der Bestimmung nicht ohne weiteres gefolgt werden: Voraussetzung für die vertraglich vereinbarte Kostenbeteiligung des Vermieters bildet einzig die Höhe der Ausbaukosten, welche den Betrag von mindestens CHF 40'000.00 erreichen müssen. Die Vorlage der Endabrechnungen ist bloss als Auszahlungsmodalität und nicht als anspruchsbegründende Bedingung ausgestaltet. Für den *Bestand* der Verrechnungsforderung bleibt sie damit ohne Bedeutung. Wie die Vorinstanz sodann zu treffend festhält (act. 18 S. 11), kann eine Verrechnungserklärung mit Mietzinsausständen auch mündlich erklärt werden (BGer, 4C.90/2005 vom 22. Juni 2005, E. 4 a.E.; BGE 119 II 241, E. 6b/bb). Der Hinweis der Vermieterin, dass ein Mieter, der den gemahnten Rückstand durch Verrechnung tilgen will, den Bestand und die Höhe der Gegenforderung sogleich voll zu beweisen habe (act. 19 S. 9), bezieht sich weiter auf ordentliche Kündigungsschutzverfahren und nicht auf Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (BGer, 4A_140/2014 sowie 4A_250/2014 vom 6. August 2014, E. 5 [= MRA

2/15 92 ff., S. 96 f.]; siehe ferner BGer, 4A_549/2010 vom 17. Februar 2011, E. A f. sowie E. 3). Dieses Beweismass für die Gegenforderung kann nicht unbesehen auf den Rechtsschutz in klaren Fällen übertragen werden, da dies einer unzulässigen Beweislastumkehr für eine einzelne Einwendung im Verfahren nach Art. 257 ZPO gleichkommt (vgl. Ziff. III./4.; siehe ferner BGE 117 II 113, E. 2; 115 II 1, E. 4 und BGer, 4A_630/2014 vom 4. Februar 2015, E. 3). Die Einwendung der Verrechnung ist damit zusammengefasst weder haltlos noch lässt sie sich als unerheblich entkräften oder sich in tatsächlicher Hinsicht sofort widerlegen.

7.

7.1. Soweit der Mieter nicht nur die Zahlungsverzugskündigung anfecht, sondern zusätzlich eine rechtsmissbräuchliche Kündigung geltend macht, ist letztere vorfrageweise zu prüfen, wenn darüber – wie vorliegend (act. 12/9 f.) – ein mietrechtliches Verfahren eingeleitet wurde (statt vieler ZR 110/2011 Nr. 54 166 ff., S. 3 m.w.H.). Es trifft zwar zu (act. 19 S. 7 f.), dass eine Verzugskündigung nach Art. 257d OR nur ausnahmsweise begründet als treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich angefochten werden kann; es ist aber nicht ausgeschlossen (vgl. insbes. BGer, 4A_271/2014 vom 19. November 2014, E. 1 m.w.H. sowie BGer, 4C.65/2003 vom 23. September 2003, E. 3.3 und E. 4.2.1). Ebenso trifft es – wie die Vermieterin vorbringt (act. 19 S. 7 f.) – zu, dass vorliegend keiner der "klassischen" Anfechtungstatbestände einer Zahlungsverzugskündigung (vgl. dazu BGer, 4C.65/2003 vom 23. September 2003, E. 4a m.w.H. [= MRA 2/04 60 ff., S. 64 f.]) in Frage steht. Auch dies bedeutet indes nicht, dass damit ausgeschlossen ist, eine Zahlungsverzugskündigung auch aus anderen Gründen für treuwidrig bzw. unwirksam zu erklären. Insbesondere könnte auch widersprüchliches Verhalten des Vermieters eine Kündigung anfechtbar oder gar unwirksam machen, wie dies etwa unter Hinweis auf dahingehende Rechtsprechung in der Literatur vertreten wird (vgl. insbes. Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, S. 715 m.w.H.).

7.2. Dass am 7. Dezember 2016 auf Terminvorschlag der Liegenschaftsverwaltung der Vermieterin vom 22. November 2016 ein Gespräch stattgefunden hat,

ergibt sich aus den Akten (vgl. Ziff. III/5). Der genaue Inhalt des Gesprächs und auch der vereinbarte Zweck der Besprechung lassen sich im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend klären. Tatsächlich erscheint es aber prima vista nicht frei von Widersprüchen, wenn die Vermieterin trotz vereinbartem Gesprächstermin nach Ablauf der ursprünglich angesetzten Zahlungsfrist die Kündigung vor dem angesetzten Termin ausspricht. Dies besonders, da sie bereits im Mahnschreiben vom 2. November 2016 Gesprächsbereitschaft signalisierte ("*Wir hoffen auf eine einvernehmliche Lösung und danken für Ihr Verständnis.*", act. 4/3). Die geltend gemachte Annahme des Mieters, dass bis zum vereinbarten Gesprächstermin keine Kündigung vorgenommen werde und sich die angesetzte Zahlungsfrist damit sinngemäss verlängerte bzw. sistiert war, erscheint nachvollziehbar und jedenfalls nicht haltlos. Daran ändert nichts, dass die Vermieterin vor der Kammer geltend macht, dass sie dem Mieter zu keiner Zeit versprochen und ebenso wenig zu erkennen gegeben habe, dass man am 7. Dezember 2016 nochmals über den Mietzinsausstand spreche oder dass der Mieter zumindest vorübergehend keine Zahlung zu leisten habe (act. 19 S. 10). Nach dem Gesagten lässt sich die Vorfrage der Gültigkeit bzw. Wirksamkeit der Kündigung mit den Mitteln des summarischen Verfahrens jedenfalls nicht abschliessend beurteilen. Die hier nicht mit der nötigen Sicherheit zu klärende Kündigungsfrage ist im ordentlichen Kündigungsverfahren auf der erforderlichen breiten Basis und ohne Beweismittelbeschränkung zu entscheiden (ZR 110/2011 Nr. 54 166 ff., S. 169). Für den vorliegenden Fall kann damit nicht mehr von einer haltlosen Einwendung und – wie die Vorinstanz im Ergebnis richtig festhält (act. 18 S. 12) – auch nicht von einem unbestrittenen und sofort beweisbaren Sachverhalt ausgegangen werden.

8. Zusammengefasst zeigt sich, dass die Voraussetzungen eines klaren Falls im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO nicht gegeben sind. Der Mieter brachte insbesondere nicht haltlose Einreden und Einwendungen vor, die die Vermieterin nicht als unerheblich zu entkräften bzw. sofort zu widerlegen vermochte. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Art. 257 Abs. 3 ZPO) erweist sich als zutreffend. Die Berufung ist entsprechend abzuweisen. Damit besteht auch kein An-

lass, auf die von der Vorinstanz festgelegte Kostenregelung zurückzukommen. Diese hat die Vermieterin auch nicht angefochten (act. 19 S. 2).

IV.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Vermieterin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 560'814.75 (act. 22 S. 3) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1–3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich trotz des hohen Streitwerts letztlich um ein Summarverfahren handelt und der Hauptstreit zwischen den Parteien noch nicht definitiv ausgetragen ist. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Vermieterin nicht, weil sie unterliegt; dem Mieter nicht, weil er sich im Rechtsmittelverfahren nicht äussern musste.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 29. März 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr beim Obergericht geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 19, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, und an die Obergerichtskasse, 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 über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: