

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw J. Nagel

## Urteil vom 11. Juli 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,

2. **C.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte,

betreffend

### **Ausweisung / Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Meilen vom 16. Mai 2018 (ER180011)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei den Beklagten zu befehlen, die 3-Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse ..., E.\_\_\_\_, unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss und gereinigt mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben, allenfalls unter Ansetzung einer maximal 10-tägigen Frist, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 343 ZPO und Art. 292 StGB im Unterlassungsfall.
2. Das zuständige Gemeindeammannamt sei anzuweisen, die Vollstreckung der Räumung und Ausweisung ersatzweise vorzunehmen, falls die Beklagten das Mietobjekt nicht binnen gerichtlich angesetzter Frist geräumt und verlassen haben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer auf der Prozessentschädigung) zu Lasten der Beklagten."

**Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 16. Mai 2018:**

(act. 21 S. 8)

1. Auf das Ausweisungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'000.– bezogen.
4. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchsgegner keine Parteientschädigung verlangt haben.
- 5./6. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

(act. 22 S. 2)

- "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 16. Mai 2018 (Geschäfts-Nr. der Vorinstanz: ER180011-G) vollumfänglich aufzuheben und das Ausweisungsgesuch des Berufungsklägers vom 15. März 2018 gutzuheissen.
2. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7% auf der Prozessentschädigung zu Lasten der Berufungsbeklagten."

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sind seit Dezember 2016 Mieter einer 3-Zimmer-Wohnung an der D.\_\_\_\_\_ -strasse ... in E.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungsbeklagte; vgl. act. 3/2). Der monatliche Mietzins beträgt Fr. 2'700.-. A.\_\_\_\_\_ ist der Vermieter (nachfolgend Berufungskläger; vgl. act. 3/3 und act. 3/4). Mit Schreiben vom 5. Dezember 2017 mahnte die F.\_\_\_\_\_ AG als Vertreterin des Berufungsklägers die Berufungsbeklagten wegen ausstehenden Mietzinses für den Monat Dezember 2017 und setzte ihnen eine 30-tägige Zahlungsfrist an, unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR bei unbenutztem Fristablauf (act. 3/5–6). Nachdem die Berufungsbeklagten den Ausstand nicht beglichen hatten und auch der Mietzins für den Monat Januar 2018 ausstehend war, mahnte die F.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 9. Januar 2018 erneut (act. 3/10–11). Unter Hinweis auf die Kündigungsandrohung vom 5. Dezember 2017 kündigte der Berufungskläger am 10. Januar 2018 den Mietvertrag mittels amtlich genehmigtem Formular per 28. Februar 2018 (act. 3/16–17).

1.2. Mit Eingabe vom 15. März 2018 stellte der Berufungskläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend Vorinstanz) gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (vgl. act. 1), auf

welches die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Mai 2018 nicht eintrat (act. 17 = act. 21 = act. 23; nachfolgend zitiert als act. 21).

1.3. Mit Eingabe vom 28. Mai 2018 erhob der Berufungskläger fristgerecht (vgl. act. 18/1) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellte dabei die vorgenannten Anträge (act. 22 S. 2). Nach Eingang des einverlangten Kostenvorschusses (act. 25; act. 27) wurde den Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 20. Juni 2018 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 28), welche sie innert Frist erstatteten (act. 30; act. 31). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–19). Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessuale Vorbemerkungen

Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. die Berufung führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsinstanz ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 135 III 670 E. 3.3.1. mit Hinweisen). Dem ist im Folgenden nachzuleben.

## 3. Zur Berufung im Einzelnen

3.1. Die Vorinstanz trat auf das Ausweisungsbegehren des Berufungsklägers im Wesentlichen mit der Begründung nicht ein, es sei nicht klar in welchem Zustand

– ob möbliert oder unmöbliert – die Mietsache zu Mietbeginn übergeben worden und nun zurückzugeben sei. Der zu beurteilende Sachverhalt erweise sich damit als nicht sofort beweisbar. Gestützt auf Art. 257 ZPO könne daher kein Rechtsschutz gewährt werden (act. 21 S. 7 E. 4.3.).

3.2. Dagegen wendet der Berufungskläger knapp zusammengefasst ein, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid zutreffend festgestellt, dass weder der dem Kündigungsgrund zugrundeliegende Sachverhalt noch die Gültigkeit der Kündigung bestritten sei und die Mieter über keinen Rechtstitel mehr verfügten, der sie zum weiteren Gebrauch des Mietobjekts berechtige (act. 22 S. 4 Rz. 8). Dennoch sei die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren nicht eingetreten, weil sie mit Bezug auf die Frage, in welchem Zustand die Mietsache zu Mietbeginn übergeben worden sei, von einem nicht sofort beweisbaren Sachverhalt ausgegangen sei. Die Vorinstanz verkenne, dass der Vermieter einzig die materiell-rechtlichen Ausweisungs Voraussetzungen nach Art. 257d OR und nicht auch noch andere – für die Beurteilung des Ausweisungsgesuchs gar nicht relevante – Sachverhaltselemente zu beweisen habe. Alle materiell-rechtlichen Ausweisungs Voraussetzungen nach Art. 257d OR lägen nachweislich vor und seien unbestritten geblieben. Ebenfalls unbestritten sei, dass keine Schlüsselübergabe stattgefunden habe. Ob die Wohnung möbliert oder unmöbliert zurückzugeben sei, sei im Ausweisungsverfahren zum Vornherein irrelevant, denn es sei unbestritten, dass sie zurückzugeben sei (act. 22 S. 7 Rz. 15 ff.). Verlange der Vermieter nach einer gültigen Kündigung die Rückgabe der Mietsache und damit einhergehend die Räumung des Mietobjekts, so bedeute dies nichts anderes, als dass der Mieter sämtliche ihm gehörenden Sachen zu räumen habe. Sei die Wohnung dem Mieter unmöbliert übergeben worden, so habe sie der Mieter entsprechend komplett leer zu räumen vor der Rückgabe. Sei die Wohnung hingegen in möbliertem Zustand übergeben worden, so habe der Mieter sämtliche Sachen, die ihm persönlich und nicht zum ursprünglich übergebenen Mobiliar gehören, zu räumen. Im einen wie im anderen Fall blieben die Anspruchsvoraussetzungen für die Gutheissung eines Ausweisungsbegehrens dieselben (act. 22 S. 9 Rz. 19).

3.3. Die Berufungsbeklagten bestreiten in ihren (identisch lautenden) Berufungsantworten die Schilderungen des Berufungsklägers pauschal. Zudem machen sie zusammengefasst geltend, aus dem Schreiben vom 5. Dezember 2017 sei nicht ersichtlich gewesen, an wen das Geld zu bezahlen sei und es sei auch kein Einzahlungsschein beigelegt worden. Sie hätten keine Kenntnis davon gehabt, dass die F.\_\_\_\_\_ AG die neue Vermieterin sei. Eine Information an die Mieter sei nicht erfolgt (act. 30; act. 31).

3.4. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis dieser Voraussetzungen obliegt der gesuchstellenden Partei. 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; vgl. dazu auch die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz act. 21 S. 4 E. 3).

3.5.1. Die Mietsache ist vom Mieter nach Auflösung des Mietverhältnisses dem Vermieter zurückzugeben (Art. 267 OR). Voraussetzung für den Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch des Vermieters ist damit die gültige Auflösung des Mietverhältnisses, was im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. BGE 141 III 515 E. 3.2.).

3.5.2. Der Berufungskläger stützt seinen Ausweisungsanspruch auf Art. 257d OR. Ist der Mieter nach der Übernahme der Mietsache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten in Verzug, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist ansetzen und ihm androhen, dass bei deren unbenutztem Ablauf das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Zahlungsfrist hat bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen mindestens dreissig Tage zu betragen. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter das Mietverhältnis bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen unter Einhaltung einer weiteren Frist von mindestens dreissig Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Die Kündigung hat bei Wohn- oder Geschäftsräumen auf einem vom Kanton genehmigten Formular zu erfolgen (Art. 266l Abs. 2 OR).

3.6.1. Es blieb unbestritten, dass die Berufungsbeklagten die Dezembermiete nicht bezahlten (vgl. act. 9; act. 10; act. 30; act. 31). Der Einwand der Berufungsbeklagten, sie hätten nicht gewusst, an wen die Miete zu zahlen sei, ist im Berufungsverfahren einerseits verspätet (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO) und steht andererseits ohnehin im Widerspruch zu ihren Ausführungen vor Vorinstanz, wonach sie (vor der Zahlungsaufforderung vom 5. Dezember 2017) von der F.\_\_\_\_\_ kontaktiert und angewiesen worden seien, die Miete neu auf deren Konto zu zahlen (act. 9; act. 10). Nachdem sich die Berufungsbeklagten in Zahlungsverzug befanden, hat der Berufungskläger – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte – mit der Zahlungsaufforderung vom 5. Dezember 2017 (act. 3/5–6) und der Kündigung vom 10. Januar 2018 (act. 3/16–17) die Formen und Fristen von Art. 257d und 266I OR eingehalten (vgl. act. 21 S. 6 E. 4.1). Folglich wurde das Mietverhältnis gültig per 28. Februar 2018 aufgelöst. Damit ist der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt. Die Rechtslage ist klar. Gemäss Art. 267 OR hat der Mieter das Mietobjekt nach Auflösung des Mietverhältnisses dem Vermieter zurückzugeben. Dies ist unbestrittenermassen nicht erfolgt. Das Ausweisungsbegehren wäre folglich gutzuheissen gewesen.

3.6.2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist bei der Beurteilung des Ausweisungsanspruchs nicht von Relevanz, in welchem Zustand die Wohnung – möbliert oder unmöbliert – bei Mietbeginn übergeben wurde und nun zurückzugeben ist. Dies ist vielmehr eine Frage der Liquidation des Vertragsverhältnisses, beschlägt dabei die Frage der richtigen Erfüllung der Rückgabe und tangiert den Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch als solchen nicht. Voraussetzung für die Ausweisung ist einzig, dass die Kündigung gültig ist und sich der Mieter ohne gültigen Rechtstitel weiterhin in der Wohnung aufhält. Dies ist hier der Fall. Entsprechend ist die Berufung gutzuheissen und der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben. Die Berufungsbeklagten sind zu verpflichten, die 3-Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ -strasse ..., E.\_\_\_\_\_, unverzüglich zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben.

#### 4. Vollstreckungsmassnahmen

4.1. Der Berufungskläger beantragt als Vollstreckungsmassnahmen die Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 343 ZPO und Art. 292 StGB sowie die Anweisung zur Vollstreckung an das zuständige Gemeindeammannamt.

4.2. Über die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen entscheidet das Gericht nach seinem eigenen Ermessen. Dabei hat es den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Verschiedene Massnahmen können grundsätzlich kombiniert werden. Eine gleichzeitige Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse ist jedoch zu vermeiden (gl.M. etwa ZK ZPO-STAEHLIN, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 343 N 13 ff.).

4.3. Zur Durchsetzung des Ausweisungsbefehls erscheint hier die Anweisung an das Gemeindeammannamt, den Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen des Berufungsklägers zu vollstrecken, als wirksamste Anordnung. Weitere Vollstreckungsmassnahmen erscheinen hingegen nicht notwendig, insbesondere kann auf eine vorgängige Fristansetzung unter Strafandrohung durch das Gericht verzichtet werden.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Berufungsbeklagten für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 3 ZPO). Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Praxisgemäss ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'700.– ergibt dies einen Streitwert von Fr. 16'200.–.

5.2. Die von der Vorinstanz für ihr Verfahren festgesetzte Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– wurde nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Ver-

bindung mit § 4 Abs. 1–3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'300.– festzusetzen. Die erst- und zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist jeweils aus den vom Berufungskläger im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschüssen zu beziehen. Die Berufungsbeklagten haben ihm diese unter solidarischer Haftung zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.3. Die Berufungsbeklagten sind sodann ausgangsgemäss unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem Berufungskläger für beide Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Bei einem Streitwert von Fr. 16'200.– beträgt die ordentliche Grundgebühr Fr. 3'330.–. Ausgehend davon und unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1–3, § 9 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint eine Entschädigung des Berufungsklägers für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 2'000.– zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer (Fr. 154.–), total Fr. 2'154.– als angemessen. Für das Berufungsverfahren ist die Entschädigung aufgrund der Reduktion für das Rechtsmittelverfahren und da nur eine Rechtsschrift zu erstatten war in Anwendung von § 4 Abs. 1–3, § 9, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'000.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (Fr. 77.–), total Fr. 1'077.– festzusetzen.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 16. Mai 2018 aufgehoben.
2. Den Berufungsbeklagten 1 und 2 wird befohlen, die 3-Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse ..., E. \_\_\_\_\_, unverzüglich zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
3. Das Gemeindeammannamt E. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv Ziffer 2 auf erstes Verlangen des Berufungsklägers zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind vom Berufungskläger vorzuschies-

sen. Sie sind ihm aber von den Berufungsbeklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung zu ersetzen.

4. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsbeklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftung auferlegt und aus den vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Die Berufungsbeklagten 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Berufungskläger die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen.
7. Die Berufungsbeklagten 1 und 2 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zzgl. 7.7% MWST und für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zzgl. 7.7% MWST zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von Kopien der act. 30 und 31, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. 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. 16'200.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: