

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF170041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer

Urteil vom 22. September 2017

in Sachen

A._____,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. August 2017 (ER170022)

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- "1. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Wohnung am C._____-Weg ... in D._____
unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das zuständige Stadtammannamt D._____/..., ... [Adresse], sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

Verfügung des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 11. August 2017:

(act. 23)

Es wird verfügt:

1. Auf das Ausweisungsgesuch vom 19. Juni 2017 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 400.-- wird der Klägerin auferlegt.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(4./5.Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 24):

1. Die Verfügung des BG Horgen vom 11. August 2017 sei aufzuheben und der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Wohnung am C._____-Weg ... in D._____
unverzüglich nach Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheides zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben.

2. Das zuständige Stadttammannamt D._____/..., ... [Adresse], sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken,
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

Erwägungen:

1. a) Die Parteien schlossen am 5. September 2015 einen Mietvertrag über eine 1,5-Zimmer-Loftwohnung nebst Garage/Abstellplatz zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'950.-- brutto (act. 3/1). Die Vermieterin kündigte diesen Vertrag am 7. Februar 2017 per Ende Mai 2017 (act. 3/3). Am 19. Juni 2017 stellte die Vermieterin bei der Vorinstanz das Begehren um Erlass eines Ausweisungsbefehls nach Art. 257 ZPO (act. 1). Die Vorinstanz trat auf das Begehren mit Verfügung vom 11. August 2017 nicht ein (act. 23).

b) Gegen diesen Entscheid führt die Vermieterin rechtzeitig (act. 20/2 i.V.m. act. 24) und entsprechend der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (act. 23 Dispositivziffer 5) Beschwerde. Die Vermieterin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig (act. 26 - 28). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1- 21). Eine Antwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind erstinstanzliche Entscheide mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wird dieser Streitwert nicht erreicht, so steht das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 319 lit. a ZPO).

Im Ausweisungsverfahren bemisst sich der Streitwert nach dem geschuldeten Mietzins für die Zeit ab Einleitung des Verfahrens bzw. angefochtenem Entscheid bis zur effektiven Ausweisung (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 45 mit Verweis auf BGer 4A_266/2007). Bei einer geschätzten Verfahrensdauer von sechs Monaten und einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'950.-- ist von einem Streitwert von Fr. 17'700.-- auszugehen.

Das Rechtsmittel der Vermieterin ist daher als Berufung entgegen zu nehmen. Mit der Konversion ihrer - entsprechend der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung erhobenen - Beschwerde in eine Berufung entsteht der Vermieterin kein Nachteil, da die beiden Rechtsmittel in der gleichen Frist zu erheben und sogleich mit Begründung einzureichen sind. Zudem ist die Kognition des Obergerichts hinsichtlich der Rechtsanwendung dieselbe. Allenfalls ergeben sich Fragen im Zusammenhang der aufschiebenden Wirkung, was vorliegend jedoch nicht der Fall ist.

3. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für einen Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO nicht als gegeben. Sie erwog, im vorliegenden summarischen Verfahren müsse, um eine Ausweisung zu rechtfertigen, die Beendigung des Mietverhältnisses als massgebliches Sachverhaltselement unbestritten oder sofort beweisbar sein. Einreden und Einwendungen müsse die beklagte Partei nicht glaubhaft machen oder gar strikte beweisen. Das Gesuch sei bereits illiquid, wenn die Einwendungen von der gesuchstellenden Partei nicht sogleich als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden könnten oder wenn sie nicht haltlos seien (act. 23 S. 3).

Hinsichtlich des Erfordernisses des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalts erwog die Vorinstanz, die Vermieterin habe angegeben, sie habe den Mietvertrag am 7. Februar 2017 mit dem amtlichen Formular gekündigt, weil die Beziehung zwischen den Parteien "in die Brüche" gegangen sei. Der Mieter bestreite die Kündigung nicht, habe sie auch nicht angefochten, aber er behaupte, der persönliche Kontakt der Parteien habe sich im März 2017 wieder intensiviert, sie hätten gemeinsame Ferien in Mallorca geplant und die Vermieterin habe ihm in diesem Zusammenhang wiederholt per E-Mail zugesichert, er dürfe in der Wohnung bleiben, so lange er wolle. Der Mieter mache geltend, er habe daher davon ausgehen dürfen, dass die Vermieterin die Kündigung zurückgezogen oder den Mietvertrag erneuert habe, ebenso wie sie schon zuvor eine am 28. September 2016 ausgesprochene Kündigung zurückgezogen habe. Die Vorinstanz ging sodann auf die Stellungnahme der Vermieterin betreffend die Einwendungen des Mieters ein und erwog, die Vermieterin bestreite weder die E-Mail-Nachrichten noch die Kündigung vom 28. September 2016 bzw. deren Rückzug, stelle sich je-

doch auf den Standpunkt, dass die Parteien nach der Kündigung vom 7. Februar 2017 keinen neuen Mietvertrag geschlossen hätten und dass die formlose Erstreckung des Mietverhältnisses an die Bedingung geknüpft gewesen sei, dass der Mieter die Privatsphäre der Vermieterin respektiere. Die Vorinstanz kam deshalb zum Schluss, die Sachverhaltsdarstellung der Vermieterin, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien per Ende Mai 2017 rechtswirksam aufgelöst worden sei, sei weder unbestritten geblieben noch sofort durch die Vermieterin bewiesen worden. Die Vermieterin habe weder rechtsgenügend behauptet noch bewiesen, dass der Erstreckung des Mietverhältnisses Bedingungen entgegen stehen würden (act. 23 S. 4 f.). Die Vorinstanz erachtete daher den Sachverhalt als illiquid und trat auf das Begehren der Vermieterin nicht ein. Ferner wies die Vorinstanz darauf hin, dass sie allfällige Straf- oder Gewaltschutzverfahren als unbeachtlich erachte für die Beurteilung der zivilrechtlichen Frage, ob das Mietverhältnis beendet worden sei.

4. Rechtsschutz im summarischen Verfahren gemäss Art. 257 ZPO gewährt das Gericht, wenn einerseits sowohl der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und andererseits auch die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. und b ZPO). Kann dieser Rechtsschutz nicht gewährt werden, so tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Voraussetzungen nicht gegeben seien und trat demnach auf das Gesuch nicht ein. Als Berufungsgründe kann die Vermieterin unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend machen (Art. 310 ZPO).

a) Die Vermieterin macht unter Berufung auf Art. 8 ZGB unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend, indem sie vorbringt, für seine Einreden sei der Mieter beweispflichtig (act. 24 S. 3). Sie vertritt insbesondere die Ansicht, der Mieter sei dafür beweispflichtig, dass die - gemäss ihrer Ansicht - mit der formlosen Mieterstreckung verknüpfte Bedingung eingetreten sei, d.h. dass er die Vermieterin "in peace" gelassen bzw. ihre "privacy" respektiert habe (act. 24 S. 3 Ziff. 3, S. 5 Ziff. 6).

Die Frage, wer den Eintritt der Bedingung beweisen muss, ist dann entscheidend relevant, wenn die Vermieterin sofort zu beweisen vermag, dass sie die Erstreckung

des Mietverhältnisses von der Bedingung abhängig machte, vom Mieter in Ruhe gelassen zu werden. Ob die Vermieterin diesen Beweis erbrachte, wie sie behauptet, kann für die vorliegende Frage jedoch offen gelassen werden. Selbst wenn die Vermieterin bewiesen hätte, dass sie nur unter der Bedingung das Mietverhältnis erstreckte, dass der Mieter sie in Ruhe lässt, so trägt entgegen ihrer Ansicht nicht der Mieter die Beweislast für den Eintritt der Bedingung, sondern sie hat deren Nichteintritt zu beweisen, aus folgenden Gründen:

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss im Verfahren nach Art. 257 ZPO die gesuchstellende Partei auch den Beweis für den Nichtbestand des Tatsachenfundaments erbringen, welches den substantiierten und schlüssigen Einwendungen der Gegenpartei zugrunde liegt, was im Ergebnis zu einer prozessual begründeten Beweislastverteilung zulasten der gesuchstellenden Partei führt (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, Art. 257 N 7; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N 11, je mit Verweisen). Handelt es sich um eine Tatsache, für die der Gesuchsgegner beweispflichtig ist, so kann er sich damit begnügen, diese substantiiert und schlüssig einzuwenden (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O.; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 257 N 8). Im Ergebnis trägt beim Rechtsschutz in klaren Fällen der Gesuchsteller somit zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen, was die Beweislastregel von Art. 8 ZGB abändert und dem Gesuchsteller für alles, was umstritten ist, die Beweislast auferlegt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N 11). Die Einreden oder Einwendungen des Gesuchsgegners müssen zumindest vertretbar bzw. dürfen nicht offensichtlich haltlos erscheinen (Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 257 N 8; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 257 N 11). Anhand der drei nach der Kündigung versandten E-Mails der Vermieterin, welche dem Mieter den Verbleib in der Mietwohnung in Aussicht stellten, erscheint die Einwendung des Mieters, er habe davon ausgehen dürfen, dass die Vermieterin ihre Kündigung - erneut - widerrufen habe, jedenfalls nicht als haltlos. Gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung und Lehre erweist sich demnach die Beweislastverteilung durch die Vorinstanz als zutreffend. Die Vermieterin vermag keine unrichtige Rechtsanwendung darzutun.

b) Die Vermieterin macht zweitinstanzlich auch unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz geltend. Sie führt zur Begründung an, sie habe den Beweis erbracht, dass die Kündigung per Ende Mai 2017 korrekt ausgesprochen und rechtswirksam sei. Es treffe zu, dass die Vermieterin dem Mieter aufgrund einer Liebesbeziehung im März 2017, d.h. nach der Kündigung, per E-Mail zugesichert habe, er könne so lange bleiben, wie er wolle, aber sie habe dies in jedem der drei E-Mails ausschliesslich unter der Bedingung getan, dass der Mieter sie in "peace" lasse bzw. ihre "privacy" respektiere. Es sei unbestritten, dass die Parteien nach der Kündigung über eine Erstreckung, und sogar den Rückzug der Kündigung gesprochen hätten, auch die Anwälte hätten entsprechende Vergleichsgespräche geführt. Die Vermieterin habe jedoch anhand der E-Mail-Dokumente bewiesen, dass sie die Aufhebung der Kündigung oder Erstreckung des Auszugstermins an eine unmissverständliche Suspensivbedingung geknüpft habe. Der Mieter habe nicht behauptet, dass diese Bedingung eingetreten sei. Im Gegenteil sei anhand des am 10. Juli 2017 verlängerten gerichtlichen Kontakt- und Rayonverbotes (act. 13/3) bewiesen, dass er die Bedingung nicht erfüllt habe. Die Vorinstanz hätte das Kontaktverbot nicht als für das Ausweisungsverfahren bedeutungslos ignorieren dürfen.

Da die Vermieterin mit ihrer Eingabe an die Vorinstanz vom 19. Juni 2017 gestützt auf Art. 257 ZPO die Ausweisung des Mieters beantragt, muss als Sachverhaltsvoraussetzung das Mietverhältnis zwischen den Parteien in jenem Zeitpunkt unbestrittenermassen oder sofort beweisbar beendet sein, wie die Vorinstanz mit Recht festhielt. Zwar kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis am 7. Februar 2017 rechtzeitig mit Formular per 31. Mai 2017 (act. 3/3, 3/1), und der Mieter focht diese Kündigung nicht an. Die Vermieterin gab an, sie habe die Kündigung ausgesprochen, weil sie die Beziehung mit dem Mieter beendet habe (act. 1 S. 2). Unbestritten ist jedoch, dass sie das Mietverhältnis schon zuvor am 28. September 2016 auf 31. Januar 2017 gekündigt hatte (act. 14/1), wonach die Beziehung zum Mieter wieder aufgeflammt war und konkludent eine Erstreckung oder ein Neuabschluss des Mietvertrags vereinbart wurde (act. 13 S. 4; act. 14/1; act. 17 S. 2: Die Vermieterin spricht von einem erneuten "Rencontre" im Dezember 2016). Im März 2017, d.h. nach der Kündigung auf den 31. Mai 2017, stellte die

Vermieterin sodann dem Mieter mehrmals per E-Mail in Aussicht, ihn in der Mietwohnung wohnen zu lassen, so lange er dies wolle (act. 14/4), wörtlich: "I promise you, i will let you live in this apartment - when you will let me in peace" (act. 14/3) bzw. "you can stay in my apartment how long you want" (act. 14/4). Anhand dieser - zumindest auslegungsbedürftigen - E-Mails ist jedenfalls nicht auszuschliessen, dass die Parteien im Zeitraum 3. bis 12. März 2017 einen neuen Mietvertrag abschlossen oder eine Erstreckung vereinbarten (act. 14/2-4). Die Vermieterin vermag jedenfalls nicht sofort zu beweisen, dass kein neuer Mietvertrag und auch keine Erstreckung vereinbart wurde, da ihren E-Mails eher gegenteilige Anhaltspunkte zu entnehmen sind. So verspricht die Vermieterin ausdrücklich die weitere Überlassung der Wohnung, wogegen ihre an den Mieter gerichtete Aufforderung, er solle sie in Ruhe lassen, eher als vage Erwartung formuliert erscheint. Dass die Vermieterin einen unmissverständlichen Vorbehalt oder eine zwingende Bedingung geäussert hätte, von welchen sie eine allfällige Weitervermietung abhängig machen würde, ist anhand der E-Mails nicht erstellt. Wie es sich im einzelnen verhielt und was die Parteien im März 2017 tatsächlich vereinbarten, kann offen bleiben. Entscheidend ist hier einzig, dass weder unbestritten noch sofort beweisbar ist, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien per Ende Mai 2017 aufgelöst war. Mit Recht erwog die Vorinstanz, die vorhandenen Zweifel an der Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Mai 2017 würden durch die Vorbringen der Vermieterin, ihre E-Mails hätten lediglich eine "formlose", an eine "Bedingung" geknüpfte Erstreckung des Mietverhältnisses zur Folge gehabt, nicht ausgeräumt (act. 23 S. 5). Die Vermieterin vermag nicht darzutun, dass die Vorinstanz damit den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe.

Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 17'700.-- ist die zweitinstanzliche Entscheidungsbüchle auf Fr. 750.-- festzusetzen (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Vermieterin auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung ist dem Mieter mangels erheblicher Umtriebe im zweitinstanzlichen Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. August 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 24, sowie an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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 Fr. 17'700.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am:
22. September 2017