

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## **Beschluss und Urteil vom 12. August 2019**

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger,

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

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Mai 2019 (ER190005)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegner sei im Verfahren nach Art. 257 ZPO zu verpflichten, sämtliche Räumlichkeiten C. \_\_\_\_\_ [Strasse] ... in D. \_\_\_\_\_ (Untergeschoss, Kellerraum, Erdgeschoss, Gewerberaum, 1. Obergeschoss, Gewerberaum, 2. Obergeschoss, Büroräume, 3. Obergeschoss/Dachgeschoss, Abstellraum, Hofraum im Erdgeschoss, Erschliessungsfläche mit Treppenhaus und Zugänge zum Gebäude), welche er derzeit bewohnt / für sich beansprucht, unverzüglich zu verlassen, zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben und ihr insbesondere sämtliche Schlüssel zur Liegenschaft und zu den oben aufgeführten Räumlichkeiten zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung sowie der Bestrafung gem. Art. 292 StGB im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt K. \_\_\_\_\_-Stadt sei anzuweisen, auf Verlangen der Gesuchstellerin die Verpflichtung des Gesuchsgegners zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Urteil des Einzelgerichtes:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, sämtliche Räumlichkeiten C. \_\_\_\_\_ ... in D. \_\_\_\_\_ (Untergeschoss, Kellerraum, Erdgeschoss, Gewerberaum, 1. Obergeschoss, Gewerberaum, 2. Obergeschoss, Büroräume, 3. Obergeschoss/Dachgeschoss, Abstellraum, Hofraum im Erdgeschoss, Erschliessungsfläche mit Treppenhaus und Zugänge zum Gebäude), welche er derzeit bewohnt / für sich beansprucht, unverzüglich zu verlassen, zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben und ihr insbesondere sämtliche Schlüssel zur Liegenschaft und zu den vorstehend aufgeführten Räumlichkeiten zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt K. \_\_\_\_\_-Stadt wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Klägerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nö-

- tigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Klägerin hat die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihr vom Beklagten zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– wird von der Klägerin bezogen, ist ihr aber vom Beklagten zu ersetzen.
  4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'200.– zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilung / Rechtsmittel).

### **Berufungsanträge:**

#### des Beklagten und Berufungsklägers (act. 25):

1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen betreffend Ausweisung (Ausweisungsbegehren) nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen betreffend Ausweisung (Ausweisungsbegehren) vollumfänglich abzuweisen.
3. Subeventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen betreffend Ausweisung (Ausweisungsbegehren) zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es sei die aufschiebende Wirkung aufrechtzuerhalten und ein allfälliger Antrag der Klägerin und Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung abzuweisen.
5. Eventualiter sei die vorläufige Vollstreckung von der Leistung einer angemessenen Sicherheit abhängig zu machen.
6. Es sei dem Beklagten und Berufungskläger bei Antrag der Klägerin und Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung eine angemessene Frist zur Stellungnahme anzusetzen.
7. Es sei das mit Erhalt der vorliegenden Berufung zu eröffnende Berufungsverfahren bis auf Weiteres zu sistieren.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag (act. 34):

Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewährend und es sei ihm RA lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand gerichtlich zu bestellen.

**Erwägungen:**

1. Sachverhalt

Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ist Eigentümerin der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_ ... in D. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/3). Mieter dieser Liegenschaft war zunächst offenbar E. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 8 Rz. 24 i.V.m. act. 9/2-3), danach unbestrittenermassen F. \_\_\_\_\_ und ab 1. Dezember 2018 G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 1 Rz. 5 ff. i.V.m. act. 3/4; act. 8 Rz. 13). Ob der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) insbesondere zu G. \_\_\_\_\_ sowie H. \_\_\_\_\_ in einem Untermietverhältnis stand, war vor Vorinstanz zwischen den Parteien umstritten (vgl. act. 1 Rz. 14 und act. 8 Rz. 22 ff.), für den vorinstanzlichen Ausweisungsentscheid aber nicht entscheidend (vgl. insb. nachfolgende E. 4.2).

Der Berufungskläger führte vor Vorinstanz aus, in der streitgegenständlichen Liegenschaft mit seiner Ehefrau eine Gastwirtschaft mit dem Lokalnamen „I. \_\_\_\_\_ Restaurant“ betrieben zu haben, die sie später in „J. \_\_\_\_\_“ unbenannt hätten, um eine Art ...-Restaurant zu betreiben (vgl. act. 8 Rz. 26 ff.). Sein Recht zum Verbleib in der streitgegenständlichen Liegenschaft begründete er im Wesentlichen damit, er habe aufgrund der mündlichen Vereinbarung zwischen F. \_\_\_\_\_, G. \_\_\_\_\_, H. \_\_\_\_\_, sowie ihm und anderen Personen vom 15. November 2018 das Recht, bis zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises für das Inventar (hauptsächlich Küchen- und Gastronomieeinrichtung) seitens einer solidarisch haftenden Käuferschaft (zu der auch G. \_\_\_\_\_ sowie H. \_\_\_\_\_ gehören würden), die Mieträumlichkeiten nach eigenem Gutdünken ausschliesslich und mietzinsfrei weiter zu gebrauchen. Diese Zahlung sei noch nicht erfolgt, weshalb er mit der Übergabe von Schlüssel und Inventar gemäss Art. 82 OR zuwarten dürfe, und da G. \_\_\_\_\_ sowie H. \_\_\_\_\_ noch nicht berechtigt seien, seine Ausweisung aus der

streitgegenständlichen Liegenschaft zu verlangen, sei auch die Berufungsbeklagte hierzu nicht berechtigt (vgl. act. 8 Rz. 47 ff., Rz. 51 ff. und Rz. 56 ff. i.V.m. Rz. 17).

## 2. Prozessgeschichte

2.1 Mit Eingabe vom 22. Januar 2019 (act. 1) stellte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) ein Ausweisungsbegehren gegen den Berufungskläger. Die Vorinstanz setzte dem Berufungskläger mit Verfügung vom 28. Januar 2019 (act. 4) Frist an, um zum Begehren der Berufungsbeklagten schriftlich Stellung zu nehmen. Der Berufungskläger nahm daraufhin Stellung (act. 8). Mit Verfügung vom 25. Februar 2019 (act. 10) setzte die Vorinstanz in Anwendung von Art. 53 ZPO der Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme hierzu an, welche diese samt Beilagen einreichte (act. 13 und act. 14/7-9). Eine der Beilagen war die Aufhebungsvereinbarung der Berufungsbeklagten mit G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vom 15. März 2019, worin diese namentlich die Aufhebung des bestehenden Mietvertrages per 15. März 2019 vereinbarten (vgl. act. 14/9). Die Vorinstanz setzte dem Berufungskläger in der Folge – ebenfalls gestützt auf Art. 53 ZPO – Frist zur Stellungnahme hierzu an (act. 15), worauf dieser eine weitere Stellungnahme einreichte (act. 19).

2.2 Mit Urteil vom 22. Mai 2019 (act. 21 = act. 24 [Aktenexemplar] = act. 26) hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren wie eingangs wiedergegeben praktisch vollumfänglich gut (vgl. a.a.O., E. II./6.2).

2.3 Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 13. Juni 2019 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 21 i.V.m. act. 22 i.V.m. act. 25 S. 1) Berufung (act. 25).

2.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1 - 22). In prozessualer Hinsicht beantragte der Berufungskläger zunächst die Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung und die Abweisung eines allfälligen Antrags der Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung sowie die Sistierung des Beru-

fungsverfahrens bis auf Weiteres (vgl. act. 25 S. 2 RB 4 und 7, Rz. 35). Letzteres beantragt er unter Beilage einer E-Mail des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten an den Rechtsvertreter des Berufungsklägers vom 12. Juni 2019. Darin erklärte dieser seine Zustimmung zu einer Sistierung während der Verhandlungen über eine gütliche Lösung (vgl. act. 27). Mit Beschluss vom 20. Juni 2019 (act. 29) trat die Kammer auf den Antrag um Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung mangels eines Rechtsschutzinteresses und auf den Antrag um Abweisung eines allfälligen Antrags der Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung mangels Zuständigkeit nicht ein sowie sistierte das Verfahren bis 31. August 2019. Dies mit dem Hinweis, jede Partei könne vorher mit schriftlichem Begehren die Fortführung des Verfahrens verlangen. Mit Eingabe vom 21. Juni 2019 (act. 31) widerrief die Berufungsbeklagte ihre Zustimmung zur Sistierung und verlangte die Fortführung des Verfahrens. Mit Beschluss vom 1. Juli 2019 (act. 32) wurde die Sistierung des Verfahrens aufgehoben und dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Mit Eingabe vom 22. Juli 2019 (Datum Poststempel) stellte der Berufungskläger in der Folge fristgerecht (vgl. act. 32 i.V.m. act. 33/1 i.V.m. act. 34 S. 1) ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 34 S. 2 und act. 35). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

### 3. Prozessuales

3.1 Das angefochtene Urteil vom 22. Mai 2019 stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert ihres Verfahrens auf Fr. 51'000.– (entsprechend den Bruttomonatsmietzinsen für die auf sechs Monate geschätzte Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung, vgl. act. 24 E. III./2). Die Berufung ist somit zulässig.

3.2 Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Fest-

stellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in

Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3.3 Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

3.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 ZPO) verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen bzw. sachgerecht anfechten kann (vgl. BGE 142 III 433 ff., E. 4.3.2; 136 I 184 ff., E. 2.2.1.; 136 I 229 ff., E. 5.2; 134 I 83 ff., E. 4.1; 133 III 439 ff., E. 3.3 je mit Hinweisen). Mit anderen Worten kann sich das Gericht bei der Begründung auf die für den Entscheid



wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 III 28 ff., E. 3.2.4; 139 V 496 ff., E. 5.1; 138 I 232 ff., E. 5.1).

#### 4. Zur Berufung im Einzelnen

4.1 Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (sog. Liquidität des anspruchsbegründenden Sachverhaltes) und die Rechtsklage klar ist (vgl. Art. 257 Abs. 1 ZPO).

Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers (vgl. act. 25 Rz. 12 i.V.m. act. 19 Rz. 3) fehlte es der Sachverhaltsdarstellung der Berufungsbeklagten vor der Vorinstanz nicht bereits deshalb an Liquidität, weil er diese vollumfänglich oder substantiiert bestritten habe (und im Übrigen auch nicht bereits deshalb, weil er die Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen mittels der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 behauptete). Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ein klarer Fall auch dann vorliegt, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, eine eingehende Abklärung der Einwände der beklagten Partei könne an der Ausgewiesenheit des Anspruchs der klagenden Partei nichts ändern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Einwendungen der beklagten Partei offensichtlich haltlos sind bzw. lediglich unbegründete Schutzbehauptungen darstellen (vgl. act. 24 E. II./1.3 m.w.H.).

Indem der Berufungskläger in den Rz. 5 – 16 seine vorinstanzlichen Ausführungen zusammengefasst wiedergibt und ohne Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen bloss wiederholt, er habe seine eigene Sachverhaltsdarstellung – die mit jener der Berufungsbeklagten im Widerspruch stehe – vor der Vorinstanz rechtsgenügend behauptet sowie den Beweis dafür erbracht, dass es aufgrund dessen "keinen Raum für eine Ausweisung" gebe, kommt er seiner Begründungsobliegenheit nicht nach. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.2 Die Vorinstanz hiess das Ausweisungsbegehren im Wesentlichen mit der Begründung gut, das Hauptmietverhältnis sei bereits beendet worden und ein allfälliges Untermietverhältnis könne nicht länger dauern (vgl. act. 24 E. II./4.1 f.).

Die Berufungsbeklagte habe den Nachweis erbracht, dass das Mietverhältnis zu F. \_\_\_\_\_ per 30. November 2018 und dasjenige zu G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ per 14. (recte: 15.) März 2019 beendet worden sei. Von Letzterem ging die Vorinstanz aus, weil die Berufungsbeklagte – wie bereits erwähnt (vgl. oben E. 2.1) – mit ihrer Stellungnahme vom 18. März 2019 die Aufhebungsvereinbarung zwischen ihr und G. \_\_\_\_\_ sowie H. \_\_\_\_\_ vom 15. März 2019 eingereicht hatte, und diese die Auflösung des Mietvertrages per 15. März 2019 vorsah (vgl. a.a.O., E. II./4.2 mit Verweis auf act. 14/9). Des Weiteren verwarf die Vorinstanz die Einwände des Berufungsklägers, wonach die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 verspätet in den Prozess eingebracht worden sei, ungültig und nichtig sei und dass damit die Umgehung des Kündigungsschutzes gemäss Art. 273b Abs. 2 OR bezweckt werde (vgl. a.a.O., E. II./3.2 und II./4.2 ff.).

#### 4.3 Berücksichtigung der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019

4.3.1 Der Berufungskläger beanstandet vorab, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sich mit seinen Ausführungen in Rz. 4 f. und 66 in seiner Stellungnahme vom 25. April 2019 (act. 19) nicht auseinandergesetzt habe. Insbesondere habe sie nicht erklärt, weshalb – abhängig oder unabhängig vom Novenrecht – im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels im summarischen Verfahren ein vollkommen neues Klagefundament aufgestellt werden können soll. Die Berufungsbeklagte habe ihr Gesuch auf einen komplett anderen, zum ursprünglichen Gesuch offensichtlich in Widerspruch stehenden Sachverhalt, d.h. auf ein komplett neues und anderes Klagefundament abgestellt. Die Vorinstanz habe Art. 253 ZPO verletzt, indem sie die "zeitliche Fixierungswirkung hinsichtlich der Liquidität des Begehrens" vollumfänglich missachtet habe (vgl. act. 25 Rz. 18 ff.).

4.3.2 Das vorinstanzliche Verfahren unterlag den Regeln des summarischen Verfahrens (vgl. Art. 257 Abs. 1 i.V.m. Art. 248 lit. b ZPO). Im summarischen Verfahren ist gemäss Art. 253 ZPO von der Gegenpartei eine mündliche oder schriftliche Stellungnahme einzuholen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet erscheint. Ein weiterer Schriftenwechsel ist nicht vorgesehen, und der Entscheid über die Durchführung einer Hauptverhandlung liegt im

Ermessen des Gerichts (vgl. Art. 253 und Art. 256 ZPO). Da sich somit keine der Parteien darauf verlassen darf, dass das Gericht nach einmaliger Anhörung einen zweiten Schriftenwechsel oder eine mündliche Hauptverhandlung anordnet, haben sie ihre Vorbringen, d.h. die Tatsachenbehauptungen und Beweismittel grundsätzlich abschliessend im Gesuch bzw. der Stellungnahme zum Gesuch darzulegen. Danach sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO zulässig; namentlich sind neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich ohne Beschränkung zulässig, wenn sie erst nach Abschluss des Schriftenwechsels entstanden sind und ohne Verzug vorgebracht werden (sog. echte Noven, vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Anders als im ordentlichen Verfahren haben die Parteien im summarischen Verfahren somit keinen Anspruch darauf, sich zweimal (uneingeschränkt) zur Sache zu äussern (vgl. etwa OGer ZH LF160079 vom 13. Februar 2017, E. II./5b und 5c, LF170041 vom 15. Dezember 2017, E. III./A./3, LF140087 vom 16. Dezember 2014, E. 7, HGer ZH HE170080 vom 30. Mai 2017, E. 2.2 je mit Hinweisen).

Zudem steht den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und Abs. 2 BV das sog. ewige Replikrecht zu. Daran ändert die Beschränkung auf einen einfachen Schriftenwechsel nichts (vgl. BGE 138 I 154 ff., E. 2.3.3; 138 I 484 ff., E. 2.4; 138 III 252 ff., E. 2.2, je mit weiteren Hinweisen). Dieses Replikrecht besteht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme zugestellt wird (vgl. BGE 138 I 484 ff., E. 2.2 m.w.H.). Da dieses einzig der Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dient und *keinen* zweiten Vortrag mit freiem Novenrecht nach sich zieht, kann mit darauf gestützten Ausführungen die Novenschranke weder umgangen noch verschoben werden (vgl. OGer ZH LF170041, a.a.O., E. III./A./4; PF150029 vom 17. August 2015, E. 3.5).

4.3.3 Die Vorinstanz gab der Berufungsbeklagten mit Verweis auf Art. 53 ZPO die Möglichkeit zur Stellungnahme zu der vom Berufungskläger eingereichten Stellungnahme (vgl. act. 10), welche sie von diesem zuvor in Anwendung von Art. 253 ZPO eingeholt hatte (vgl. act. 4). Darin kann – entgegen der Ansicht des Berufungsklägers (vgl. act. 25 Rz. 13 und 20) – keine Anordnung eines zweiten

Schriftenwechsels erblickt werden; daran ändert auch die förmliche Fristansetzung unter Säumnisandrohung (vgl. act. 10 Dispositiv-Ziffer 1) nichts (vgl. etwa OGer ZH LF170041, a.a.O., E. III./A./4 mit weiteren Verweisen). Vielmehr gab die Vorinstanz der Berufungsbeklagten damit im Rahmen des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dies beanstandet der Berufungskläger zu Recht nicht. Auch hält er den Feststellungen der Vorinstanz nichts entgegen, wonach es sich bei der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 um ein echtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO handle, das nach der klägerischen Ersteingabe entstanden und von der Berufungsbeklagten ohne Verzug ins Verfahren eingebracht worden sei (vgl. act. 24 E. II./4.3). Diese Ansicht ist denn auch zutreffend. Dass die Vorinstanz die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 als echtes Novum berücksichtigte, ist somit nicht zu beanstanden. Anderes ergibt sich im Übrigen auch aus der Literaturstelle nicht, auf welche der Berufungskläger indirekt verweist (vgl. act. 25 Rz. 19 i.V.m. act. 19 Rz. 5 mit Verweis auf OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, 2. Aufl. 2015, Art. 257 N 13). Im Gegenteil: Darin wird klargestellt, dass die Liquidität des Begehrens nur dann zu verneinen ist, wenn die Einreden und Einwendungen des Gesuchsgegners, hier des Berufungsklägers, nicht als offensichtlich unbegründet bzw. haltlos erscheinen und vom Gesuchsteller, hier von der Berufungsbeklagten, nicht sogleich als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden (vgl. OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, 2. Aufl. 2015, Art. 257 N 13). Eine Entkräftung von Einreden und Einwendungen des Berufungsklägers durch die Berufungsbeklagte ohne entsprechende Möglichkeit zur Stellungnahme ist von vornherein nicht denkbar.

Im Übrigen macht der Berufungskläger nicht geltend, dass das Urteil anders hätte lauten müssen, wenn die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 nicht berücksichtigt worden wäre.

4.3.4 Zum Vorwurf der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör seitens der Vorinstanz bleibt anzufügen, dass der Begründungspflicht bereits Genüge getan ist, wenn in der Begründung auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte Bezug genommen wird (vgl. oben E. 3.4). Da die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 von der Vorinstanz – wie soeben dargelegt – zu Recht als echtes

Novum berücksichtigt wurde und die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid begründete, weshalb dieses als echtes Novum zuzulassen sei, ist keine Verletzung des Anspruchs des Berufungsklägers auf rechtliches Gehör erkennbar. Dass sie die rechtliche Frage der Berücksichtigung der Aufhebungsvereinbarung anders beantwortete als der Berufungskläger (vgl. act. 19 Rz. 4 f. und 65 f.), ändert nichts daran, dass sie damit ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

4.3.5 Im Übrigen vermag das sinngemässe Argument des Berufungsklägers, wenn man eine solche Aufhebungsvereinbarung (bzw. dieses echte Novum) zuzulassen wolle, könne ein Vermieter im Ausweisungsverfahren gegen einen Untermieter eine Aufhebungsvereinbarung zwischen ihm und dem Mieter erstellen und ins Verfahren einbringen, sobald sich ein Obsiegen des Untermieters abzeichne (vgl. act. 25 Rz. 19), nicht zu überzeugen. Für eine Aufhebungsvereinbarung zwischen Vermieter und Mieter kann es – wie bereits die Vorinstanz ausführte (vgl. act. 24 E. II./4.4) – durchaus plausible Motive geben und eine solche muss nicht per se rechtsmissbräuchlich bzw. simuliert sein.

Nachfolgend wird im Zusammenhang mit Art. 273b Abs. 2 OR noch zu erörtern sein, warum die Geltendmachung einer missbräuchlichen Rechtsausübung in rechtlicher Hinsicht nicht zur Verneinung eines klaren Falles führen muss (vgl. sogleich E. 4.4).

4.3.6 Nach dem Gesagten ist die Berücksichtigung der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

Folgerichtig hielt die Vorinstanz gestützt darauf fest, ein allfälliges Untermietverhältnis zu G. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ – sollte ein solches bestanden haben – sei per 14. (recte: 15.) März 2019 beendet worden und dem Berufungskläger stehe daher grundsätzlich kein Bleiberecht zu, zumal ein Untermietverhältnis grundsätzlich nicht länger dauern könne, als ein Hauptmietverhältnis (vgl. Art. 273b Abs. 1 OR, act. 24 E. II./3.2 und II./4.2).

#### 4.4 Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz? (Art. 273b Abs. 2 OR)

4.4.1 Der Abschnitt über den Kündigungsschutz bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 271 ff. OR) gilt für die Untermiete grundsätzlich nur, so lange das Mietverhältnis nicht aufgelöst ist (Art. 273b Abs. 1 OR). Dem Untermieter wird jedoch dann ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt, wenn die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt (Art. 273b Abs. 2 Satz 1 OR). Ist dies der Fall, so tritt der Vermieter, der das Hauptmietverhältnis gekündigt hat, von Gesetzes wegen an Stelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein (Art. 273b Abs. 2 Satz 2 OR).

Wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte, fällt nicht jede vertragliche Konstruktion, die eine Ausschaltung bestimmter Kündigungsschutzbestimmungen bewirken kann, unter Art. 273b Abs. 2 OR, sondern nur solche Umgehungskonstruktionen oder -abreden, deren *hauptsächlicher* Zweck die Beseitigung des Kündigungsschutzes ist (vgl. act. 24 E. II./4.4 m.w.H.).

4.4.2 Der Berufungskläger macht unter dem Titel "Unrichtige Rechtsanwendung" und unter Verweis auf Art. 257 Abs. 2 ZPO geltend, die Vorinstanz habe bereits deshalb auf das Ausweisungsbegehren nicht eintreten dürfen, weil hier relevant sei, ob Art. 273b Abs. 2 OR eingehalten werde, und über diese Bestimmung im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht befunden werden dürfe, weil diese dem Officialgrundsatz unterliege (vgl. act. 25 Rz. 26 ff.).

Zutreffend ist zwar, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen ausgeschlossen ist, wenn die Angelegenheit dem Officialgrundsatz unterliegt (vgl. Art. 257 Abs. 2 ZPO). Doch unterliegt die Angelegenheit der Ausweisung mangels entsprechender gesetzlicher Bestimmungen, die solches vorsehen würden (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO), nicht dem Officialgrundsatz. Die Anwendung von rechtlichen Bestimmungen, wie namentlich von Art. 273b Abs. 2 OR, erfolgt grundsätzlich von Amtes wegen durch das Gericht (vgl. Art. 57 ZPO), so auch im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen.

Der Berufungskläger macht damit jedoch – wenn auch wie gesehen mit unzutreffender rechtlicher Begründung – sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe Recht unrichtig angewandt, indem sie das Ausweisungsbegehren gutgeheissen habe, und dies sei insofern unrichtig gewesen, als hier zu prüfen sei, ob Art. 273b Abs. 2 OR – eine *lex specialis* zum Verbot des Rechtsmissbrauchs in Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. ZK OR-HIGI, Zürich 1996, Art. 273b N 7 i.V.m. N 35) – eingehalten werde. Damit kommt der Berufungskläger seiner Begründungsobliegenheit (vgl. oben E. 3.2) gerade noch nach. Er wirft damit die Rechtsfrage auf, ob bezüglich der Anwendung von Art. 273b Abs. 2 OR die Voraussetzung der klaren Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs.1 lit. b ZPO noch gegeben ist, weshalb diese zu prüfen ist.

4.4.3 Eine klare Rechtslage ist gegeben, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Hingegen ist die Rechtslage grundsätzlich nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (vgl. BGE 141 III 23 ff., E. 3.2; 138 III 123 ff., E. 2.1.2 m.w.H.; BGer 4A\_184/2015 vom 11. August 2015 [unpublizierte] E. 4.2.1 von BGE 141 III 262 ff.; 4A\_273/2012 vom 30. Oktober 2012, [unpublizierte] E. 5.1.2 von BGE 138 III 620 ff.; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl. 2014, Art. 257 N 7; BSK ZPO-HOFMANN, 3. Aufl. 2017, Art. 257 N 11 je m.w.H.). Die beispielhafte Erwähnung der Beurteilung von Treu und Glauben in der zitierten Rechtsprechung ist aber *nicht* so zu verstehen, dass ein klarer Fall in rechtlicher Hinsicht verneint werden muss, sobald eine missbräuchliche Rechtsausübung geltend gemacht wird. Denn wenn das Verhalten der betroffenen Partei offenkundig einen Missbrauch darstellt (oder offenkundig nicht), setzt das Rechtsmissbrauchsverbot keine wertende Berücksichtigung der gesamten Umstände im Sinn der zitierten Rechtsprechung voraus (vgl. BGer 4A\_350/2015 vom 25. August 2015, E. 4.2; 4A\_329/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 6.1 unter Hinweis auf BGE 138 III 425 E. 5.2; zur Abgrenzung vgl. BGE 138 III 123 ff., E. 2.5). Klares Recht kann auch vorliegen, wenn zwar eine Interessenabwägung

vorzunehmen ist, diese im Einzelfall aber zu einem klaren bzw. eindeutigen Ergebnis führt (vgl. OGer ZH LF150062 vom 18. Dezember 2015, E. 2.5 m.w.H.).

Die Vorinstanz erwog, es seien *keine* Anhaltspunkte ersichtlich, die in Bezug auf den Abschluss der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehungsabsicht oder auf eine Simulation hindeuten würden. Darüber hinaus begründete die Vorinstanz, inwiefern diese in Anbetracht der Interessen der Beteiligten durchaus einen Sinn ergebe (vgl. act. 24 E. II./4.4). Der Berufungskläger bringt demgegenüber in seiner Berufungsschrift einzig vor, es sei offensichtlich erstellt, dass die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 dem Zweck gedient habe, die Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber der Berufungsbeklagten – vermögensrechtliche Ansprüche und die grundsätzliche Möglichkeit der Erstreckung des Untermietverhältnisses aufgrund vorgenommener Investitionen als härtebegründender Umstand – zu erschweren oder zu verunmöglichen (vgl. act. 25 Rz. 22 ff., Rz. 15).

Die blossе Behauptung, die Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 habe dem Zweck gedient, die Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber der Berufungsbeklagten, namentlich solche finanzieller Natur und solche auf Kündigungsschutz, zu erschweren oder zu verunmöglichen, führte nicht dazu, dass eine klare Rechtslage hätte verneint werden müssen, zumal die Vorinstanz aufgrund fehlender Anhaltspunkte hierfür weder eine Wertung noch eine Interessenabwägung vornehmen musste.

Weiter führt der Berufungskläger aus, es liege eine unklare Rechtslage vor, weil viele rechtliche Fragen – insbesondere rund um seine finanziellen Ansprüche gegenüber der Berufungsbeklagten sowie allfälligen Sicherungsrechten (im weiten Sinne) – zu klären seien (vgl. act. 25 Rz. 29 - 30). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies der Klarheit der Rechtslage entgegen stehen soll, zumal der Berufungskläger nicht behauptet, welche "Sicherungsrechte im weiten Sinne" er geltend gemacht haben will. Zu seinem Einwand, er dürfe die klägerischen Räumlichkeiten ausschliesslich und mietzinsfrei weitergebrauchen, solange der vereinbarte Preis für den Kauf seines Inventars nicht bezahlt sei, hat sich im Übrigen



bereits die Vorinstanz geäussert (vgl. act. 24 E. II./4.5) – damit setzt sich der Berufungskläger aber nicht auseinander.

4.4.4 Somit lag bei der Anwendung von Art. 273b Abs. 2 OR keine unklare Rechtslage im Sinne von Art. 257 Abs.1 lit. b ZPO vor.

4.4.5 Weiter macht der Berufungskläger soweit ersichtlich neu (vgl. insb. act. 19 Rz. 42 ff. und 67 ff.) geltend, andere vertragliche Konstrukte (der Mietvertrag zwischen F.\_\_\_\_\_ und der Berufungsbeklagten, die Aufhebungsvereinbarung zwischen den beiden vom 22. November 2018 und der von ihm behauptete Untermietvertrag mit F.\_\_\_\_\_) hätten der Umgehung des Kündigungsschutzes gedient und folgert daraus, auch das Untermietverhältnis zu G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ habe demselben Zweck gedient. Zudem behauptet er wiederholt, die Auflösungsvereinbarung vom 15. März 2019 habe offensichtlich der Umgehung des Kündigungsschutzes gedient (vgl. act. 25 Rz. 22 ff., Rz. 15 m.w.V.).

Selbst wenn die neuen Vorbringen zulässig wären, was bereits mangels Ausführungen des Berufungsklägers dazu nicht der Fall ist, machte der Berufungskläger mit den Ausführungen nicht geltend, vor Vorinstanz behauptet zu haben, bei Beginn des (von ihm behaupteten) Untermietverhältnisses sei zwischen der Berufungsbeklagten und dem damaligen Hauptmieter (E.\_\_\_\_\_) eine Absprache im Sinne von Art. 273b Abs. 2 OR getroffen worden. Auch bringt er damit nicht vor, die Vorinstanz habe Anhaltspunkte für ein nachträgliches böswilliges Zusammenwirken der Berufungsbeklagten mit F.\_\_\_\_\_ und/oder G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ gehabt, und legt auch nicht dar, welche dies gewesen sein sollen. Daher ist nicht ersichtlich, welche Anhaltspunkte die Vorinstanz übersehen haben soll, die dafür sprächen, dass mit der Aufhebungsvereinbarung vom 15. März 2019 (oder anderen vertraglichen Konstrukten) *hauptsächlich* die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt wurde oder dies aus anderen Gründen einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt.

Im Übrigen ist unklar, was der Berufungskläger daraus ableiten will, dass er die Mietzinse wirtschaftlich betrachtet der Berufungsbeklagten bezahlt habe (vgl. act. 25 Rz. 22), zumal dies dem Wesen der Untermiete entspricht.

4.4.6 Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur im summarischen Verfahren vom 22. Mai 2019 (ER190005) zu bestätigen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Ausgangsgemäss unterliegt der Berufungskläger und wird kostenpflichtig (vgl. Art. 106 ZPO).

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichtes Zürich (GebV OG) auf Fr. 2'800.– festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen.

5.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

5.3 Der Berufungskläger stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 34 S. 2 und act. 35).

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO).

Wie bereits dargelegt ist der Berufungskläger seiner Begründungsobliegenheit teilweise nicht nachgekommen (vgl. oben E. 4.1 und 4.4.3 f.). Weiter brachte er unzulässige Noven vor bzw. legte nicht dar, weshalb diese neuen Vorbringen zulässig sein sollen (vgl. oben E. 4.4.3 f.) und wiederholte bloss den von ihm vor Vorinstanz bereits vertretenen rechtlichen Standpunkt, ohne sich – bis auf ein Argument des Rechtsmissbrauchs (vgl. oben E. 4.3.5) – mit der wesentlichen vorinstanzlichen Begründung auseinanderzusetzen (vgl. oben E. 4.3.1). Das Rechtsbegehren der Berufungsklägers erscheint daher als aussichtslos, weshalb sein Gesuch bereits aus diesem Grund abzuweisen ist. Wie es sich mit der Mittellosigkeit des Berufungsklägers verhält, kann daher offen bleiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Mai 2019 (ER190005) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis (act. 25), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Der Fristenlauf richtet sich nach den Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:  
13. August 2019