

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210085-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss vom 23. März 2022

in Sachen

1. ...
2. **A.**_____,
3. ...
4. ...
5. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,
3. **E.**_____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte

1 - 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Oktober 2021 (ER210080)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Am 24. August 2010 schloss die Erbengemeinschaft F. _____ mit G. _____ (Gesuchsgegnerin 1 und Berufungsklägerin im Verfahren LF210086 bei der Kammer) per 16. September 2010 einen Geschäftsmietvertrag über ein Ladenlokal und 3 Aussenabstellplätze ab. Nachdem Frau H. _____ und Frau I. _____ (Mitglieder der Erbengemeinschaft F. _____) ihre Erbanteile am 16. August 2019 an die Gesuchstellerin 2 und den Gesuchsteller 3 abgetreten hatten, wurden die Berufungsbeklagten Vertragspartner der Gesuchsgegnerin 1. Am 30. April 2018 wurde die zum Mietobjekt gehörige Garage einvernehmlich an die damalige Vermieterschaft zurückgegeben. Die Berufungsbeklagten und die Gesuchsgegnerin 1 verständigten sich sodann auf einen Bruttomietzins von Fr. 4'210.– (Fr. 3'900.– netto für Hauptmietobjekt, Fr. 250.– für Nebenkosten, Fr. 60.– für 3 Abstellplätze) (vgl. act. 56 E. 3.1 m.w.H.).

Dieser (Haupt-)Mietvertrag war ursprünglich als befristetes Mietverhältnis bis 15. September 2015 abgeschlossen worden (vgl. act. 4/1). Die darin enthaltene Verlängerungsoption (a.a.O., S. 2) wurde seitens der Gesuchsgegnerin 1 mit Brief vom 23. Juni 2014 ausgeübt, woraufhin die Vertragsdauer bis am 15. September 2020 verlängert wurde (vgl. act. 56 E. 3.1). Vor Vorinstanz blieb unbestritten, dass die Gesuchsgegner 2-5 – also auch die Gesuchsgegner 2 und 5 bzw. Berufungskläger 2 und 5 (nachfolgend: Berufungskläger 2 und Berufungskläger 5) – in den Mieträumlichkeiten als Untermieter wohnen oder sich dort zumindest dauerhaft aufhalten und dass zwischen ihnen und den Berufungsbeklagten kein Vertragsverhältnis besteht (vgl. act. 1 Rz. 29 ff., act. 15, act. 21 Rz. 3, act. 26, act. 36, act. 39 und act. 48).

1.2 Mit Schreiben vom 5. März 2021 zeigten die Berufungsbeklagten der Gesuchsgegnerin 1 an, dass sie das befristete (Haupt-)Mietverhältnis als beendet erachteten und deshalb eine Ausweisungsklage erhoben hätten. Sie forderten die Gesuchsgegnerin 1 zur Räumung des Mietobjekts auf (vgl. act. 4/25). Dies mit folgendem Hinweis:

"Nur für den Fall, dass das obgenannte Mietverhältnis wider Erwar-
ten nicht per 15. September 2020 beendet worden sein sollte, zeige
ich Ihnen an, dass Sie (...) mit der Miete bzw. in Bezug auf den uner-
laubten Gebrauch des Mietobjekts mit der Schadenersatzzahlung für
den Monat März 2021 im Betrag von 4'210.- in Verzug sind. Aus die-
sem Grund setze ich Ihnen eine Zahlungsfrist von 30 Tagen an, um
den genannten Ausstand zu begleichen. Im Falle des Ausbleibens
dieser Zahlung innert der angesetzten Frist stelle ich Ihnen in Aus-
sicht, dass das Mietverhältnis gemäss Art. 257d OR ausseror-
dentlich, d.h. mit einer weiteren Frist von 30 Tagen, auf Ende eines
Monats gekündigt wird (Eventualkündigung)."

1.3 In der Folge kündigten die Berufungsbeklagten das (Haupt-)Mietverhältnis
mit Schreiben vom 8. April 2021 unter Verwendung des amtlichen Formulars auf
den 30. Mai 2021 (act. 1 Rz. 20; act. 4/26). Dies mit folgendem Hinweis:

"An der beim Mietgericht Zürich hängigen Ausweisungsklage und am
bisherigen Standpunkt, dass das befristete Mietverhältnis bereits per
15. September 2020 beendet wurde, wird festgehalten."

1.4 Mit Eingabe vom 7. Juni 2021 (act. 1) ersuchten die Berufungsbeklagten das
Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) um
Ausweisung der Gesuchsgegner 1-5. Mit Verfügung vom 18. Juni 2021 (act. 11)
setzte die Vorinstanz den Gesuchsgegnern Frist an, um zum Ausweisungsgesuch
Stellung zu nehmen. Diese Verfügung wurde dem Berufungskläger 2 am 23. Juni
2021 persönlich zugestellt (vgl. act. 14). Der Berufungskläger 2 liess sich dazu vor
Vorinstanz nicht vernehmen. Nicht ersichtlich ist aus den Akten, ob bzw. wann die
Verfügung dem Berufungskläger 5 zugestellt wurde (vgl. act. 14a). Er macht aber
nicht geltend, sie nicht erhalten zu haben. Auch er liess sich vor Vorinstanz nicht
vernehmen.

1.5 Mit Entscheid vom 22. Oktober 2021 (act. 52 = act. 56 [Aktensexemplar] =
act. 58) wies die Vorinstanz die Gesuchsgegner 1-5, namentlich auch die Beru-
fungskläger 2 und 5, aus dem Mietobjekt aus (a.a.O., Dispositiv-Ziffern 3 und 4),
auferlegte die Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– den Gesuchsgegnern 1-5 unter
solidarischer Haftbarkeit, verrechnete diese mit dem von den Berufungsbeklagten
geleisteten Kostenvorschuss (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 5) und verpflichtete die Ge-
suchsgegner 1-5 unter solidarischer Haftbarkeit, den Berufungsbeklagten eine
Parteientschädigung von Fr. 2'910.– zu bezahlen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 6).

1.6 Gegen diesen Entscheid erheben der Berufungskläger 2 wie auch der Berufungskläger 5 je mit Eingabe vom 4. November 2021 (act. 58 und act. 59) Berufung. Die Berufungsschriften sind inhaltlich deckungsgleich. Beide Berufungskläger beantragen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die von den Berufungsbeklagten vor Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren seien vollumfänglich abzuweisen (act. 58 S. 2 und act. 59 S. 2). In prozessualer Hinsicht ersuchen beide um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (a.a.O.).

Auch die Gesuchsgegnerin 1 und der Gesuchsgegner 3 erhoben je Berufung. Diese sind Gegenstand der Parallelverfahren mit den Geschäfts-Nrn. LF210086 (Berufung der Gesuchsgegnerin 1) und LF210088 (Berufung des Gesuchsgegners 3).

1.7 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-54). Auf das Erheben eines Kostenvorschusses (vgl. Art. 98 ZPO) sowie auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO). Den Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschriften (act. 58 und 59) zuzustellen.

2. Prozessuales

2.1 Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der monatliche Bruttomietzins liegt bei Fr. 4'210.– (vgl. act. 56 E. 10.2; act. 57 Rz. 4), weshalb die Berufung – ausgehend vom Mietwert, der durch die Verzögerung entsteht (vgl. BGE 144 III 346 ff., E. 1.2.1 f.) – zulässig ist.

2.2 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides einzureichen (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 257 ZPO).

2.2.1 Der begründete Entscheid der Vorinstanz (act. 52) wurde dem Berufungskläger 2 am 28. Oktober 2021 persönlich zugestellt (vgl. act. 53c). Die zeh-

tägige Berufungsfrist lief für den Berufungskläger 2 bis (und mit) Sonntag 7. November 2021 und endete deshalb am Montag 8. November 2021 (vgl. Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Die von der Vorinstanz weitergeleitete und am 8. November 2021 bei der Kammer eingegangene Berufung des Berufungsklägers 2 vom 4. November 2021 ist somit rechtzeitig erfolgt.

2.2.2 Dem Berufungskläger 5 wurde der begründete Entscheid der Vorinstanz am 29. Oktober 2021 zur Abholung gemeldet und an die Vorinstanz retourniert, nachdem er diesen nicht abgeholt hatte (vgl. nicht akturierte Sendungsnachverfolgung der entsprechenden Gerichtsurkunde und nicht akturierte Retoure). Nach Darstellung des Berufungsklägers 5 wurde ihm der Entscheid allerdings am 3. November 2021 zugestellt (act. 59 S. 3). Hiervon ist auszugehen, zumal es rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich wäre, wenn sich der Berufungskläger 5, welcher ja nicht nur den Entscheid der Vorinstanz am 3. November 2021 zugestellt erhalten haben will, sondern auch dagegen am 4. November 2021 Berufung erhoben hat, sich im Nachhinein auf die Nichtigkeit der Zustellung berufen wollen würde (vgl. BGE 132 I 249 zum Fall der Aushändigung an eine nicht empfangsberechtigte Person). Auch seine Berufung gilt damit als rechtzeitig erfolgt.

2.3 Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung 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 Verweise 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 Vorgebrachten 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).

2.4.1 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 vorliegen. 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_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.1; 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 je m.w.H.; OGer ZH LB110049 vom 5. März 2021, E. 1.2 m.w.H.).

2.4.2 Die Berufungskläger liessen sich vor Vorinstanz nicht vernehmen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sie Tatsachen und Beweismittel mit zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätten vorbringen können. Deshalb stellen sämtliche Vorbringen in den Berufungsschriften neue Tatsachen dar, welche aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt werden dürfen. Auf aus diesen Vorbringen abgeleitete Rechtsstandpunkte kann deshalb ebenfalls nicht eingegangen werden. Auf ihre Berufungen ist folglich nicht einzutreten.

3. In der Sache bleibt darauf hinzuweisen, dass selbst wenn das Mietgericht Zürich über die Frage der Beendigung des (Haupt-)Mietverhältnis per 15. September 2020 noch nicht entschieden hatte, die Vorinstanz das (Haupt-)Mietverhältnis durchaus als zufolge Kündigung per Ende Mai 2021 beendet ansehen und das Ausweisungsgesuch der Berufungsbeklagten gutheissen konnte. Denn auch wenn das (Haupt-)Mietverhältnis nicht bereits am 15. September 2020 geendet, sondern noch weiterbestanden hätte, hätte es zufolge rechtmässiger ausserordentlicher Kündigung wegen Zahlungsrückstands per Ende Mai 2021 beendet werden können. Ob der Ausweisungsanspruch der Berufungsbeklagten bereits ab 15. September 2020 bestand oder erst ab Ende Mai 2021 spielt daher im Ergebnis keine Rolle. Wie die Vorinstanz bereits ausgeführt hat, wird der Anspruch eines Untermieters auf Realerfüllung des Untermietvertrages – so auch derjenige der Berufungskläger – durch die Dauer des Hauptmietverhältnisses begrenzt. Deshalb können die Berufungsbeklagten gestützt auf ihre dingliche Be-

rechtiung (Art. 641 ZGB) namentlich die Ausweisung von Untermietern verlangen, wenn das Hauptmietverhältnis rechtmässig beendet wurde. Dies ist hier der Fall (vgl. act. 56 E. 8.1 f.).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1.1 Ausgangsgemäss unterliegen beide Berufungskläger mit ihrer jeweiligen Berufung und werden jeweils kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Beide Berufungskläger haben ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt (vgl. act. 58 S. 2 und act. 59 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung würde die Berufungskläger von Gerichtskosten befreien (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsanträge beider Berufungskläger erscheinen jedoch – wie gesehen – aussichtslos, weshalb deren Gesuche um unentgeltliche Prozessführung abzuweisen sind. Demnach erübrigen sich Ausführungen zu den übrigen Voraussetzungen.

4.1.2 Die Höhe der ordentlichen Entscheidgebühr ist hier anhand des Streitwertes, des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles zu bemessen sowie – weil es ein summarisches Verfahren ist – auf die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr zu reduzieren (vgl. §§ 2 Abs. 1, 4, 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts, LS 211.11). Ausgehend von einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 4'210.– (vgl. oben E. 2.1) ist die Entscheidgebühr in Anbetracht des geringen Zeitaufwandes des Gerichts auf je Fr. 300.– festzusetzen. Den Berufungsklägern sind je Fr. 300.– aufzuerlegen.

4.2 Partei- oder Umtriebsentschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: den beiden Berufungsklägern nicht, weil sie mit ihren Berufungen unterliegen, und den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers 2 um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers 5 um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung des Berufungsklägers 2 wird nicht eingetreten.
4. Auf die Berufung des Berufungsklägers 5 wird nicht eingetreten.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und den Berufungsklägern je zur Hälfte auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufung des Berufungsklägers 2 (act. 58) und des Berufungsklägers 5 (act. 59), sowie an das Einzelgericht (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 übersteigt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i. V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: