

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210088-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. ...
3. **A.**\_\_\_\_\_,
4. ...
5. ...

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,
2. **C.**\_\_\_\_\_,
3. **D.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte,

1, 2, 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 E.\_\_\_\_\_ mit F.\_\_\_\_\_ (Gesuchsgegnerin 1 und Berufungsklägerin im Verfahren LF210086 bei der Kammer) per 16. September 2010 einen Geschäftsmietvertrag über das im Rechtsbegehren von den Gesuchstellern und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) genannte Ladenlokal und 3 Aussenabstellplätze ab. Nachdem Frau G.\_\_\_\_\_ und Frau H.\_\_\_\_\_ (Mitglieder der Erbengemeinschaft E.\_\_\_\_\_) 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 der Gesuchsgegner 3 bzw. Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) – 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 Ausweisklage 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 Erwarten nicht per 15. September 2020 beendet worden sein sollte, zeige ich Ihnen an, dass Sie (...) mit der Miete bzw. in Bezug auf den unerlaubten Gebrauch des Mietobjekts mit der Schadenersatzzahlung für den Monat März 2021 im Betrag von 4'210.- in Verzug sind. Aus diesem 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 Aussicht, dass das Mietverhältnis gemäss Art. 257d OR ausserordentlich, 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 Ausweisklage 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, namentlich auch dem Berufungskläger, Frist an, um zum Ausweisungsgesuch Stellung zu nehmen. Diese Verfügung wurde dem Berufungskläger am 22. Juni 2021 persönlich zugestellt (vgl. act. 12b). Er liess sich dazu 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 den Berufungskläger, 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 und verrechnete diese mit dem von den Berufungsbeklagten geleisteten Kostenvorschuss (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 5) sowie verpflichtete die Gesuchsgegner 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 erhebt der Berufungskläger mit Eingabe vom 4. November 2021 (act. 57) Berufung. Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die von den Berufungsbeklagten vor Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren seien vollumfänglich abzuweisen (a.a.O., S. 2). In prozessualer Hinsicht ersucht er um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (a.a.O.).

Auch die Gesuchsgegner 1, 2 und 5 erhoben je Berufungen dagegen. Diese sind Gegenstand der Parallelverfahren mit den Geschäfts-Nrn. LF210085 (Berufung der Gesuchsgegner 2 und 5) und LF210086 (Berufung der Gesuchsgegnerin 1).

1.7 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-54, befinden sich bei den Akten in LF210085). 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 Berufungsschrift (act. 57) 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.) – auf jeden Fall zulässig ist.

2.2 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides einzureichen (vgl. Art. 257 ZPO i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der begründete Entscheid der Vorinstanz (act. 52) wurde dem Berufungskläger am 27. Oktober 2021 zur Abholung bis 3. November 2021 gemeldet und am 4. November 2021 zurückgesandt, weil er diese innert Frist nicht abholte (vgl. nicht akturierte Sendungsnachverfolgung). Nachdem dem Berufungskläger

die Verfügung vom 18. Juni 2021 ordnungsgemäss per Gerichtsurkunde zugestellt worden war (vgl. oben E. 1.4), musste er mit der Zustellung eines Entscheides rechnen. Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Zustellfiktion gilt das vorinstanzliche Urteil dem Berufungskläger als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, d.h. am 3. November 2021 zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Berufungskläger bringt überdies in der Berufungsschrift vor, der Entscheid sei ihm am 3. November 2021 zugestellt worden (act. 57 S. 3). Die zehntägige Berufungsfrist begann damit am 4. November 2021 zu laufen lief für den Berufungskläger bis (und mit) Samstag, 13. November 2021 und endete deshalb am Montag, 15. November 2021 (vgl. Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Die von der Vorinstanz weitergeleitete und am 12. November 2021 bei der Kammer eingegangene Berufung vom 4. November 2021 ist somit rechtzeitig erfolgt.

2.3 Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch 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 Vorgelegenen 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 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, wes-

halb 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.).

Der Berufungskläger liess sich vor Vorinstanz nicht vernehmen, obwohl ihm von der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme angesetzt worden war (vgl. oben E. 1.4). Es ist nicht ersichtlich, weshalb er Tatsachen und Beweismittel mit zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können. Deshalb stellen sämtliche Vorbringen des Berufungsklägers in seiner Berufungsschrift neue Tatsachen dar, welche aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt werden dürfen. Aus demselben Grund kann auf aus diesen Vorbringen abgeleitete Rechtsstandpunkte nicht eingegangen werden. Auf die Berufung ist folglich nicht einzutreten.

Darauf hinzuweisen bleibt, dass selbst wenn das Mietgericht Zürich über die Frage der Beendigung des (Haupt-)Mietverhältnis schon 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 selbst wenn das (Haupt-)Mietverhältnis nicht bereits am 15. September 2020 geendet, sondern noch weiterbestanden hätte, hätte es zufolge rechtmässiger Kündigung 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 für die Ausweisung daher im Ergebnis keine Rolle. Wie die Vorinstanz bereits ausgeführt hat, wird der Anspruch eines Untermieters auf Realerfüllung des Untermietvertrages – so auch derjenige des Berufungsklägers – durch die Dauer des Hauptmietverhältnisses begrenzt. Deshalb können die Berufungsbeklagten gestützt auf ihre dingliche Berechtigung (Art. 641 ZGB) namentlich die Ausweisung der Untermieter verlangen, wenn das Hauptmietverhältnis rechtmässig beendet wurde, was hier der Fall ist (vgl. act. 56 E. 8.1 f.).

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1.1 Ausgangsgemäss unterliegt der Berufungskläger mit seiner Berufung und wird kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Berufungskläger hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt (vgl. act. 57 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 den Berufungskläger von Gerichtskosten befreien (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsanträge erscheinen jedoch – wie gesehen – aussichtslos, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abzuweisen ist. Demnach erübrigen sich Ausführungen zu den übrigen Voraussetzungen.

3.1.2 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 Fr. 300.– festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen.

3.2 Partei- oder Umtriebsentschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: dem Berufungskläger nicht, weil er mit seiner Berufung unterliegt, und den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 57), sowie an das Einzelgericht (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich, 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 vermögensrechtliche mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über 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: