

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 16. März 2012

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

C._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 7. Dezember 2011 (ER110305)

Erwägungen:

1. Am 16. September 2009 schloss der Kläger mit der D._____ AG drei Mietverträge über eine 5-Zimmerwohnung im Attikageschoss inkl. Kellerabteil sowie die Einstellplätze Nr. 14 und 15 im 1. Untergeschoss am ... in E._____ (act. 4/1-3). Der über die D._____ AG am 13. Mai 2011 eröffnete Konkurs wurde am 10. August 2011 mangels Aktiven wieder eingestellt (act. 4/5-6). Mit Urteil vom 25. Oktober 2011 hiess das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich das Begehren des Klägers gut und befahl der D._____ AG in Liquidation unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben. Auf die dagegen erhobene Berufung trat die Kammer am 3. Februar 2012 nicht ein (Geschäfts-Nr. LF110121). Da die Wohnung und Einstellplätze gemäss Angaben des Klägers nicht von der Mieterin selbst, sondern von den Beklagten benutzt würden und diese der Zusicherung des Beklagten 1 vom 30. September 2011, die Mietobjekte bis zum 15. Oktober 2011 zu räumen, nicht nachgekommen seien (act. 1 S. 4, act. 4/12-13), stellte der Kläger mit Eingabe vom 20. Oktober 2011 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich ein Ausweisungsbegehren gegen die Beklagten (act. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung am 7. Dezember 2011, der die Beklagten unentschuldigt fern blieben (Prot. I S. 3), gab das Einzelgericht dem Begehren statt (act. 12).

2. Hiergegen erhoben die Beklagten rechtzeitig Berufung und verlangen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides sowie die Abweisung des klägerischen Begehrens. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung oder Vervollständigung an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 13). Innert der mit Verfügung vom 6. Februar 2012 angesetzten Nachfrist leisteten sie den ihnen auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- (act. 19 und 21).

3. Zur Begründung bringen die Beklagten im Wesentlichen vor, es treffe nicht zu, dass sie das Mietobjekt ohne Rechtsgrund benutzen würden. In Tat und Wahrheit würden sie auf den F._____ leben. Sie seien dort an der "...." als dauernde Anwohner angemeldet. Zwar hätten sie unentschuldigt nicht an der Haupt-

verhandlung teilgenommen. In concreto verhalte es sich aber so, dass sie an der Zustellungsadresse der Vorladung (c/o G._____, ..., E._____) gar keinen Wohnsitz hätten oder gehabt hätten oder sich dort unberechtigt aufhalten würden. Somit hätten sie auch nicht mit einer gerichtlichen Zustellung an diese Adresse rechnen können, weshalb die Zustellung nicht korrekt erfolgt und damit ungültig sei. Die Unwirksamkeit sei von Amtes wegen zu beachten. Die Zustellung hätte an ein Zustellungsdomizil (Art. 140 ZPO) oder durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 141 ZPO) erfolgen sollen. In der Vergangenheit hätten sie sich im Einverständnis mit der D._____ AG gelegentlich in den besagten Räumlichkeiten aufgehalten, was sie jedoch seit geraumer Zeit nicht mehr tun würden. Heute befänden sich dort bloss noch ein paar Kisten mit persönlichen Gegenständen von ihnen, welche aber in den nächsten Tagen abtransportiert würden. Allein schon deshalb schiesse das Ausweisungsbegehren ins Leere. Vor diesem Hintergrund könne nicht von einer klaren Rechtslage ausgegangen werden. Das klägerische Begehren sei deshalb von der Hand zu weisen und das Verfahren abzuschreiben (act. 13).

4. Das in Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO als Prozessvoraussetzung aufgeführte Rechtsschutzinteresse entspricht im Rechtsmittelverfahren der Beschwer. Sie ist von Amtes wegen zu prüfen; fehlt sie, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (Art. 59 und 60 ZPO). Ein Beklagter, der vor erster Instanz säumig war und somit keine Anträge stellte, ist gleichwohl zur Einlegung eines Rechtsmittels legitimiert, wenn er durch das Säumnisurteil materiell beschwert, d.h. seine Rechtsstellung beeinträchtigt ist (ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N 14; Boris Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 49). Weil die Beklagten mit dem angefochtenen Entscheid ausgewiesen wurden, sind sie in ihren Rechten betroffen und damit zur Berufung legitimiert.

5.a) Dem Einwand der Beklagten, die Vorladung zur Hauptverhandlung sei unwirksam, kann nicht gefolgt werden. Mit zwei Gesuchen vom 24. Oktober 2011 ersuchte die Vorinstanz das Stadtammannamt und Betreibungsamt H._____ um Zustellung der Vorladung zur Hauptverhandlung vom 7. Dezember 2011 samt Beilagen je separat an die Beklagten, c/o G._____, ...(act. 6a-6b). Da die Beklagten an dieser Adresse nicht angetroffen wurden, hinterliess ihnen der Zustel-

lungsbeamte am 25. bzw. 28. Oktober 2011 eine Mitteilung, worin er sie aufforderte, das Dokument an einem der beiden folgenden Arbeitstage am Empfangsschalter des Amtes abzuholen. Weiter wies er sie darauf hin, dass die Zustellung an einen Vertreter nur unter Vorlage ihrer rückseitigen schriftlichen Vollmacht möglich sei. Mit Datum vom 28. Oktober und 1. November 2011 ermächtigten die Beklagten je eine andere Person, die auf der Vorderseite avisierte Urkunde in Empfang zu nehmen. Am 31. Oktober bzw. 1. November 2011 konnten die Sendungen schliesslich zugestellt werden (act. 8-9).

b) Gemäss Art. 138 Abs. 2 ZPO ist eine Zustellung erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegen genommen wurde. Unabhängig von dieser gesetzlich vorgesehenen Ersatzzustellung an ausdrücklich genannte Personen kann sich jede Person nach dem allgemeinen Stellvertretungsrecht von Art. 32 ff. OR durch einen Dritten vertreten lassen, wobei dafür - wie auch in der Mitteilung des Stadtammann- und Betreibungsamtes vermerkt - grundsätzlich die Ausstellung einer schriftlichen Vollmacht verlangt wird (vgl. für die Schweizerische Post deren allgemeine Geschäftsbedingungen "Postdienstleistungen" Ziff. 2.3.6.). Vorliegend erfolgte die Zustellung der Vorladungen an die zur Entgegennahme eben dieser Sendung ermächtigten Personen. Eine solche Zustellung an einen gesetzlich legitimierten oder bevollmächtigten Vertreter zeitigt die gleichen Rechtswirkungen wie an den Adressaten selbst. Die Beklagten bestreiten den Erhalt der Vorladungen denn auch gar nicht, sondern verneinen einzig deren Gültigkeit. Dass sie nicht um den Inhalt der Sendung (gerichtliche Dokumente) wussten, ist sodann unerheblich. Ebenso wenig steht der auf den Zustellungsgesuchen und den zu retournierenden Empfangsscheinen angebrachte Stempel "Eigenhändig abzugeben" (act. 6a und 6b, act. 8-9) der Wirksamkeit der Vorladungen entgegen: Zweck dieser Anweisung ist, zu verhindern, dass beim Zusammenleben zweier Prozessparteien eine Partei für die andere gültig Zustellungen entgegen nehmen kann. Sie bedeutet hingegen nicht, dass die Sendung zwingend dem Adressaten persönlich zu übergeben ist; vielmehr ist auch hier die Aushändigung an einen Zustellungsvertreter zulässig.

Sollten die Beklagten mit dem Einwand, sie hätten an der Zustellungsadresse nicht mit einer Zustellung rechnen müssen (act. 13 S. 5), auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO anspielen, so ist ihnen Folgendes entgegen zu halten: Diese Bestimmung regelt die Fälle, in denen es sich rechtfertigt, eine Zustellung als erfolgt anzunehmen, obwohl die Urkunden nicht übergeben werden konnten. Da indes vorliegend die Vorladungen von den bezeichneten Personen empfangen wurden, greift die Zustellfiktion von vornherein nicht. Ebenso wenig war die Vorinstanz unter diesen Umständen zur Zustellung an ein Zustellungsdomizil oder durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 140 und 141 ZPO) gehalten.

Damit sind die Vorladungen gehörig erfolgt, und die Vorinstanz nahm zu Recht Säumnis der Beklagten an.

6.a) Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO wird gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten - was zufolge der Säumnis der Beklagten der Fall ist - oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Im Zusammenhang mit dem Ausweisungsverfahren ist sodann auf dessen einerseits obligatorische und andererseits sachenrechtliche Komponente hinzuweisen, die den Vermieter sowie den Eigentümer zur Stellung eines solchen Begehrens berechtigen. Dies bedeutet, dass ein Ausweisungsbegehren nicht nur mit einem mietrechtlichen (Art. 267 Abs. 1 OR), sondern auch mit einem sachenrechtlichen Anspruch (Art. 641 und Art. 926 ff. ZGB) begründet werden kann. Es ist deshalb möglich und durchaus üblich, Personen zum Verlassen bzw. zur Rückgabe von Räumen bzw. Sachen zu verpflichten, die niemals Partei eines Mietvertrages waren, sondern aus anderen Gründen Besitz an der Sache erlangten.

b) Wie eingangs dargelegt trat die Kammer auf die von der D._____ AG in Liquidation - beim Beklagten 1 handelt es sich offenbar um deren Alleinaktionär (act. 1 S. 4) - gegen den Ausweisungsbefehl erklärte Berufung nicht ein. Der Befehl erwuchs daher in Rechtskraft. Die Beklagten haben sich nach eigenen Angaben in der Vergangenheit im Einverständnis mit der D._____ AG in Liquidation gelegentlich im Mietobjekt aufgehalten. Ob sie die Räumlichkeiten gestützt auf einen Untermietvertrag oder auf eine Gebrauchsleihe (zeitweilig) bewohnt haben, ist nicht bekannt, spielt für das vorliegende Verfahren aber auch keine Rolle. We-

sentlich ist, dass zwischen den Beklagten und dem Kläger - unbestrittenermassen - keine Rechtsbeziehung besteht. Dies bedeutet, dass nach erfolgter Kündigung des Mietverhältnisses die Beklagten keinen Anspruch auf einen weiteren Verbleib in der Mietsache haben. Der Kläger hat somit nicht nur gegenüber der D. _____ AG in Liquidation, sondern grundsätzlich auch direkt gegen die Beklagten gestützt auf Art. 641 ZGB und/oder Art. 926 und 928 ZGB einen Ausweisungsanspruch. Indem er zugleich die Beklagten ins Recht fasste, vermied er das Risiko einer einstweilen nicht möglichen Vollstreckung, da diese in der Regel nur gegen die am Ausweisungsverfahren beteiligten Personen verlangt werden kann (SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 274g N 5a ff.).

Infolge des fehlenden Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien gründet der Ausweisungsanspruch gegen die Beklagten auf dem Eigentum des Klägers (Art. 641 Abs. 2 ZGB), welches dieser in seiner Klagebegründung geltend machte und mit einem Grundbuchauszug belegte (act. 1 und act. 4/4). Infolge der Säumnis der Beklagten vor Vorinstanz stellte diese in Anwendung von Art. 234 Abs. 1 ZPO zu Recht auf die Akten ab. Auch im Berufungsverfahren stellen die Beklagten das urkundlich belegte klägerische Eigentum am Mietobjekt nicht in Frage. Ob ihr Einwand, in den Räumlichkeiten befänden sich heute lediglich noch ein paar Kisten, die nächstens abtransportiert würden, unter dem Gesichtspunkt der Novenbeschränkung nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig ist, kann offen bleiben, bestreiten sie doch damit gerade nicht, die Wohnung nach wie vor zu belegen; dies entgegen ihrer Zusicherung vom 30. September 2011, die Wohnung bis zum 15. Oktober 2011 zu räumen (act. 4/13; vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar, Art. 274g N 4a, mit Bezug auf Untermiete Art. 262 N 36 und Art. 273b N 5 ff., Lachat et. al, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 476 ff. sowie Higi, Zürcher Kommentar, Art. 273b OR N 21).

Würde zwischen den Beklagten und der D. _____ AG in Liquidation - was wie erwähnt nicht bekannt ist - ein Untermietverhältnis vorliegen, bejaht ein Teil der Lehre sowie das Bundesgericht unter Annahme eines rechtlichen Sonderverhältnisses auch einen obligatorischen Rückgabeanspruch des Hauptvermieters nach Art. 262 Abs. 3 OR (SVIT-Kommentar, Art. 262 N 36, Art. 273b N 7 und Art.

274g N 4a m.w.H.). Die gegenteilige Meinung wird mit dem fehlenden Vertragsverhältnis zwischen den beiden begründet (Higi, a.a.O., Art. 273b N 21 und Art. 274g N 13), was zur Anwendung von Art. 641 ZGB führt, mithin zum Anspruch des Klägers auf Ausweisung in dem von ihm geltend gemachten Rahmen.

c) Dem Ausweisungsanspruch des Klägers steht nach dem Gesagten kein besseres dingliches oder obligatorisches Recht der Beklagten entgegen, welches letztere zur Weiterbenutzung der Mietsache berechtigen würde. Dass die Nutzung angeblich nur noch durch das Deponieren einiger Kisten erfolgt, ist unerheblich. Die Beklagten belegen die fraglichen Räumlichkeiten ohne Rechtsgrund und haben diese unverzüglich zu verlassen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Rechtslage klar, und der Ausweisungsbefehl wurde zu Recht erteilt.

Somit erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

7.a) Ausgangsgemäss werden die Beklagten für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

b) Der Streitwert im Ausweisungsverfahren bestimmt sich danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Klageeinleitung beim Einzelgericht am 20. Oktober 2011 ist mit rund sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 45). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 9'300.-- (act. 4/1-3) ergibt sich deshalb ein Streitwert von rund Fr. 56'000.--.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. Dezember 2011 wird bestätigt. Den Beklagten wird demnach befohlen, die 5-Zimmerwohnung im Attikageschoss inkl. Kellerabteil sowie die Einstellplätze Nr. 14 und 15 im 1. Untergeschoss am ... in E._____ unverzüglich zu räumen und dem Kläger ordnungsgemäss

zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

2. Das Stadttammannamt H._____ wird angewiesen, diesen Befehl auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Kläger vorzuschüssen, sind ihm aber von den Beklagten unter solidarischer Haftung zu ersetzen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt, den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 56'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: