

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 29. Oktober 2012

in Sachen

1. **A.**____,
2. **B.**____,
3. **C.**____,

Beklagte und Berufungskläger,

gegen

Baukonsortium D.____-Strasse ...,

- a) **E.**____ AG,
- b) **F.**____,
- c) **G.**____ AG,

Kläger und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. September 2012 (ER120221)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 11. September 2012 hiess das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich das Ausweisungsbegehren der Kläger und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) gut und verpflichtete die Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger), die 4-Zimmer-Wohnung, 1. OG, linke Seite, inklusive Kellerabteil, in der Liegenschaft D._____-Strasse ..., in H._____, unverzüglich zu räumen und den Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 19 S. 5).

Mit Berufung vom 8. Oktober 2012 (Datum Poststempel) verlangten die Berufungskläger rechtzeitig die Aufhebung dieses Entscheides (act. 20).

2. Das Baukonsortium D._____-Strasse ... (d.h. die Berufungsbeklagten 1-3) als Vermieterin, vertreten durch die I.____ AG, schloss am 10./13. Oktober 2011 mit der Stiftung J.____ u.a. über 10 Wohnungen für den Zeitraum 15. Oktober 2011 bis 30. Juni 2012 einen befristeten Mietvertrag ab (act. 4/1 = act. 22/8 Vertrag 1). Mit Mietbeginn 13. Oktober 2011 schloss die Stiftung J.____, vertreten durch den Verein J1.____, am 18. Oktober 2011 mit den Berufungsklägern (Ehepaar A.____/B.____ und Sohn C.____) einen bis 30. Juni 2012 befristeten Untermietvertrag über die oben erwähnten Räumlichkeiten ab (act. 4/2 = act. 22/8 Vertrag 2).
3. a) In prozessualer Hinsicht rügten die Berufungskläger, sie seien vor Vorinstanz nicht korrekt vorgeladen worden. Die Vorladungen seien ihnen mit A-Post zugestellt worden (act. 20 S. 2 sinngemäss).

b) Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Vorladungen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Eine Zustellung, die nicht gehörig erfolgt, zeitigt grundsätzlich keine Rechtswirkungen und muss wiederholt werden. Erlangt jedoch

der Adressat dennoch Kenntnis von der Zustellung und erleidet er durch die mangelhafte Zustellung keine Rechtsnachteile, wird der Mangel geheilt (Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, Art. 138 N 71).

c) Den Berufungsklägern wurden die Vorladungen eingeschrieben zugestellt. Alle drei Zustellungen verliefen erfolglos und wurden von der Post wieder retourniert (act. 8-10). Anschliessend wurden ihnen die Vorladungen mittels A-Post zugesandt. Die Berufungskläger 1-2 waren zur Verhandlung erschienen und hatten demnach Kenntnis vom Inhalt der Sendung gehabt. Wie es sich in Bezug auf den Berufungskläger 3 verhält, geht aus den Akten nicht hervor, jedoch machten die Berufungskläger und damit auch C._____ (Berufungskläger 3) in der Berufungsschrift geltend, die Berufungskläger 1-2 hätten den Berufungskläger 3 anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vertreten (act. 20 S. 3). Demnach hatte auch der Berufungskläger 3 vom Inhalt der Vorladung vor Durchführung der vorinstanzlichen Verhandlung Kenntnis erhalten.

d) Unter diesen Umständen kann offen gelassen werden, ob die Berufungskläger aufgrund des hängigen Verfahrens vor Mietgericht mit einer Zustellung seitens des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren rechnen mussten, und deshalb für die Zustellung der Vorladungen im Ausweisungsverfahren die Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zur Anwendung gelangt.

4. a) Die Berufungskläger machten geltend, es hätte gar keine Ausweisungsverfahren stattfinden dürfen, da sie sich bereits vorgängig an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen (Entscheid vom 30. Juli 2012) und anschliessend an das Mietgericht gewandt hätten. Sie könnten nicht einmal als Kläger (vor Mietgericht) und einmal als Beklagte (im Ausweisungsverfahren) in einem Verfahren auftreten (act. 20 S. 2 sinngemäss).

b) Das Ausweisungsbegehren wurde von den (Haupt-)Vermietern gestellt. Diese hatten deshalb in jenem Verfahren (vor dem Einzelgericht Audienz) als Kläger aufzutreten. Vor Mietgericht leiteten die Berufungskläger ein Kün-

digungsschutz- und Mieterstreckungsverfahren ein (act. 22/4), weshalb ihnen in jenem Verfahren die Klägerrolle zukommt.

5. Soweit die Berufungskläger beanstanden, die Schlichtungsbehörde und das Mietgericht hätten die falsche Partei ins Verfahren aufgenommen, ist auf diese Rüge nicht einzutreten. Im vorliegenden Berufungsverfahren können nur Mängel bezüglich des vorinstanzlichen Verfahrens gerügt werden.
6. a) Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 ist Art. 274 ff. OR (ersatzlos) gestrichen worden. Bisher regelte Art. 274g OR die Zuständigkeit bei paralleler Anfechtung der Kündigung im mietrechtlichen Verfahren einerseits und beim summarischen Ausweisungsverfahren andererseits: Vorgesehen war, dass der Ausweisungsrichter (in den namentlich aufgeführten Fällen von lit. a-d) auch über die Kündigungsanfechtung befinden müsse (Art. 274g Abs. 1 OR), und Art. 274g Abs. 3 OR ordnete an, dass Begehren von Mietern durch die Schlichtungsbehörde an den durch die Vermieterschaft angerufenen Ausweisungsrichter zu überweisen seien. Das führte zur sog. Kompetenzattraktion im summarischen Verfahren, und der Ausweisungsrichter musste über die überwiesene Kündigungsanfechtung entscheiden. Die Gültigkeit von Kündigungen hatte und hat der Ausweisungsrichter auch dann zu beurteilen, wenn die beklagte Partei die Gültigkeit der Kündigung lediglich im Ausweisungsverfahren (und ohne ein mietrechtliches Verfahren in Gang gesetzt zu haben) anzweifelte. Der wesentliche Unterschied von Art. 274g OR bestand darin, dass er dies im Überweisungsfall mit voller Kognition tun musste – weil er diesbezüglich die Funktion des Mietgerichts zu übernehmen hatte –, während er ohne eine solche Überweisung die Gültigkeit der Kündigung ausschliesslich nach den Regeln des summarischen Verfahrens entscheiden kann.

b) Kann nach jetzt geltendem Recht keine Überweisung des Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung (mehr) erfolgen und ist eine Sistierung des (summarischen) Ausweisungsverfahrens nicht opportun, so bleibt nur, die Kündigungsanfechtung, die im Rahmen des Ausweisungsprozesses eine Vorfrage (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Ge-

richtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel 1990, Rz 141, 562) darstellt, im summarischen Verfahren zu überprüfen.

Die Verpflichtung des Ausweisungsgerichts, die Kündigung vorfragenweise zu überprüfen, führt dazu, dass die Mieter entsprechende Anträge stellen und die Grundlagen für die vorzunehmende Überprüfung beibringen müssen. Sie können sich nunmehr nicht mehr darauf verlassen, dass ihre Vorbringen im mietrechtlichen Verfahren mit der Überweisung „automatisch“ ins Ausweisungsverfahren überführt werden.

7. a) Vorliegend war das Untermietverhältnis befristet und endigte am 30. Juni 2012. Spätestens an diesem Stichtag hatten die Berufungskläger die Wohnung zu verlassen. Ein befristeter Mietvertrag endet nämlich mit Eintritt des vereinbarten Endtermins. Einer Kündigung bedarf es nicht (Art. 255 Abs. 2 und Art. 266 Abs. 1 OR).

b) Das Begehren um Erstreckung hätte beim befristeten Mietverhältnis nach Art. 273 Abs. 2 lit. b OR spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer bei der Schlichtungsbehörde eingereicht werden müssen, was die Berufungskläger versäumt haben. Das bei der Schlichtungsbehörde eingereichte Gesuch vom 2. Juli 2012 erfolgte verspätet. Aber selbst wenn es rechtzeitig gestellt worden wäre, hätte es keinen Erfolg gehabt.

8. a) Die Untermiete kann nur für die Dauer des Hauptmietverhältnisses erstreckt werden (Art. 273b Abs. 1 OR). Das Ende des Hauptmietverhältnisses setzt dem Erstreckungsrecht des Untermieters ein absolutes Ende, da der Untermieter die Möglichkeit der Vertragserfüllung gegenüber dem Untermieter nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses einbüsst (BSK OR I-Weber, 5. Auflage, Art. 273b N 1). Vorliegend endete das Hauptmietverhältnis am 30. Juni 2012 (act. 4/1 S. 1 = act. 22/8 Vertrag 1 S. 1), weshalb das Untermietverhältnis nicht mehr erstreckt werden kann.

b) Eine Ausnahme besteht allerdings. Bezweckt die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz, so wird

dem Untermieter ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt. Wird das Hauptmietverhältnis gekündigt, so tritt der Vermieter anstelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein (Art. 273b Abs. 2 OR). Die Berufungskläger berufen sich in ihrer Berufungsschrift zwar auf diese Gesetzesbestimmung (act. 20 S. 2), ohne dies aber in verständlicher Weise zu begründen. Aufgrund der Vorbringen der Berufungskläger anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung sehen sie die Umgehung der Kündigungsvorschriften wohl in der Weitervermietung einer Abbruchliegenschaft an die Stiftung J._____ (vgl. Protokoll Vorinstanz S. 4-6).

Eine Umgehung liegt jedoch nicht vor, wenn gemeinnützige Organisationen oder Fürsorgebehörden zwecks Untervermietung Wohnräume in Abbruchliegenschaften mieten. Zwar erleichtern solche Verträge häufig gerade auch im Hinblick auf den Kündigungsschutz dem bau- und abbruchwilligen Eigentümer den Entschluss zur Vermietung. Dies wird aber in Art. 272a Abs. 1 lit. d OR ausdrücklich für legitim erklärt (BSK OR I-Weber, 5. Auflage, Art. 273b N 3).

c) Die Berufungskläger machten ferner sinngemäss geltend, sie seien von der Stiftung J._____ getäuscht (Verschleierung der Eigentumsverhältnisse) worden (act. 20 S. 3).

Wesentliche Willensmängel bei Vertragsabschluss führen zur einseitigen Aufhebung des Vertrages (vgl. Art. 23 ff. OR). Gerade dies wollen aber die Berufungskläger nicht. Mit der Behauptung, der Vertragsinhalt hätte nicht ihrem Willen entsprochen (wenn sie richtig informiert worden wären, hätten sie den Mietvertrag nicht abgeschlossen, deshalb laufe das Kündigungsschutzverfahren, vgl. Protokoll Vorinstanz S. 5), bezwecken sie nämlich nicht eine Aufhebung des Vertrages, sondern vielmehr eine Änderung des Vertragsinhaltes. Wenn die Berufungsbeklagten ihnen die Wohnung nur befristet zur Verfügung stellen wollten, so war dies deren Recht und es hatten sich die Berufungskläger zu entscheiden, ob sie die Befristung hinnehmen wollten oder nicht. Wenn sie letzterer zustimmten, so hat es dabei sein Bewenden (Art. 30 Abs. 2 OR).

- d) Die Berufungskläger haben somit kein Anrecht darauf, dass ihnen eine Mieterstreckung gewährt wird. Seit dem 1. Juli 2012 halten sie sich unberechtigtweise in der Wohnung auf.
9. Die Berufung ist demnach abzuweisen.
 10. Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgangsgemäss haben die Berufungskläger die Kosten für das Rechtsmittelverfahren zu tragen. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Bei einem Ausweisungsverfahren aufgrund eines befristeten Mietverhältnisses entspricht der Streitwert sechs Monatsmietzinsen. Es rechtfertigt sich deshalb den Streitwert auf Fr. 11'700.- (6 x Fr. 1'950.-) festzusetzen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 3, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 750.- festzulegen. Mangels Umtrieben ist den Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und es wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. September 2012 bestätigt. Die Berufungskläger werden demnach verpflichtet, die 4-Zimmer- Wohnung, 1. OG, linke Seite, inklusive Kellerabteil, in der Liegenschaft D. _____-Strasse ..., in H. _____, unverzüglich zu räumen und den Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, auf Verlangen der Berufungsbeklagten die Verpflichtung der Berufungskläger gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von den

Berufungsbeklagten vorzuschliessen, sind ihnen aber von den Berufungsklägern zu ersetzen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
5. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten im Doppel für sich und zuhanden des zuständigen Stadtammannamtes, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 11'700.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: