

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF150073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 20. Januar 2016

in Sachen

1. ...,
2. **A.** _____,
3. ...,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 2015 (ER150174)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- "1. Den Beklagten 1 [C. _____ AG], 2 [A. _____, A1. _____] und 3 [D. _____ AG] sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, den *Bürraum* im Erdgeschoss (Ref.-Nr. ...), den *Lagerraum* im 1. Untergeschoss (Ref.-Nr. ...) und den *Einstellplatz* im 1. Untergeschoss (Ref.-Nr. ...), alle in der Liegenschaft E. _____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu räumen und zu verlassen sowie der Klägerin vertragsgemäss zu übergeben."
2. Das zuständige Stadtammannamt sei anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Unter solidarischer Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten 1, 2 und 3."

Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich
(act. 26 S. 5-6):

1. Die Gesuchsgegner werden verurteilt, den Büroraum im Erdgeschoss (Ref.-Nr. ...), den Lagerraum im 1. Untergeschoss (Ref.Nr....) und den Einstellplatz im 1. Untergeschoss (Ref.-Nr. ...), alle in der Liegenschaft E. _____-Strasse ..., Zürich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben.
2. Das Stadtammannamt Zürich 9 wird angewiesen, Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschliessen. Sie sind ihr aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'100.00 wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.

4. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftbarkeit verurteilt, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.00 zu bezahlen.
5. SM/RM

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Gesuchsgegner 2) (act. 27 S. 2):

"Es seien die Ziffer 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 16. November 2015 betreffend den Berufungskläger aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden:

Auf die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend "**Berufungsbeklagte**") gemäss Eingabe vom 18. September 2015 (act. 1) seien nicht einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 34 S. 2-3):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 16. November 2015 (...) sei zu bestätigen, einschliesslich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Demgemäss sei dem Gesuchsgegner 2 und Berufungskläger unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, den Büroraum im Erdgeschoss (Ref.-Nr. ...), den Lagerraum im 1. Untergeschoss (Ref.-Nr. ...) und den Einstellplatz im 1. Untergeschoss (Ref.-Nr. ...), alle in der Liegenschaft E. _____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu räumen, sowie der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben.

Das Stadttammannamt Zürich 9 sei anzuweisen, den genannten Befehl auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten zu vollstrecken.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchsgegners 2 und Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Gestützt auf das obenerwähnte Ausweisungsbegehren der B._____ AG (Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Gesuchstellerin) vom 18. September 2015 gegen 1. C._____ AG (Gesuchsgegnerin 1), 2. A._____, A1._____ (Gesuchsgegner 2 und Berufungskläger, nachfolgend Gesuchsgegner 2) sowie 3. D._____ AG (Gesuchsgegner 3) (act. 1) wurden die Parteien auf den 21. Oktober 2015 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Die D._____ AG reichte eine schriftliche Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren ein mit dem Hinweis, an der Verhandlung nicht teilnehmen zu können (act. 16 S. 1-2). Der C._____ AG konnte die Vorladung nicht zugestellt werden, weshalb ihr mit Verfügung vom 22. Oktober 2015, welche im Amtsblatt publiziert wurde, Gelegenheit gegeben wurde, zum Ausweisungsbegehren schriftlich Stellung zu nehmen (act. 13-14). Innert Frist ging keine Stellungnahme ein. An der Verhandlung nahmen die B._____ AG und der Gesuchsgegner 2 teil (Protokoll Vorinstanz S. 3). Mit Urteil vom 16. November 2015 hiess das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich das Ausweisungsbegehren gegen die drei Gesuchsgegner gut. Die Entscheidungsbüchse von Fr. 2'100.- wurde von der Gesuchstellerin bezogen. Die drei Gesuchsgegner wurden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, ihr diese zu ersetzen. Ferner wurden sie unter solidarischer Haftbarkeit verurteilt, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.- zu bezahlen (act. 26).
2. Diesen Entscheid focht A._____, der Gesuchsgegner 2, mit Berufung fristgemäss an und stellte obenerwähntes Rechtsbegehren (act. 27). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2015 wurde der B._____ AG Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt (act. 32). Innert Frist kam sie dieser Anforderung nach (act. 34). Das Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif.
3. Die Vorinstanz erwog, unbestrittenermassen habe die Gesuchstellerin mit der Gesuchsgegnerin 1 (C._____ AG) am 28. August 2014 (mit Mietbeginn per 1. Juni 2015) einen Mietvertrag über die im Rechtsbegehren genannten

Räumlichkeiten abgeschlossen. Mit Schreiben vom 1. Juni 2015 habe die Vermieterschaft die Gesuchsgegnerin 1 für ausstehende Mietzinszahlungen gemahnt und ihr eine 30tägige Frist zur Begleichung der Ausstände angesetzt, mit der Androhung, dass bei deren unbenütztem Ablauf das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde (act. 4/4). Innert Frist habe die Gesuchsgegnerin 1 die ausstehenden Mietzinse nicht beglichen. Nach unbenutztem Fristablauf habe die Vermieterschaft der Gesuchsgegnerin 1 am 9. Juli 2015 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. August 2015 gekündigt (act. 4/7). Die Gesuchsgegnerin 1 habe dessen ungeachtet das Mietobjekt bis heute der Vermieterschaft nicht ordnungsgemäss übergeben. Es sei sodann unbestritten – und im Übrigen durch das Einreichen einer Fotoaufnahme (act. 4/9) belegt – dass sowohl der Name des Gesuchsgegners 2 als auch die Firma der Gesuchsgegnerin 3 auf dem Briefkasten der genannten Räumlichkeiten angeschrieben seien. Dies habe die Gesuchstellerin dazu veranlasst, das vorliegende Ausweisungsgesuch nicht nur gegen die Mieterin – die Gesuchsgegnerin 1 –, sondern auch gegen die Gesuchsgegner 2 und 3 zu stellen (act. 26 Erw. 3.1).

Die Vermieterschaft habe mit der Zahlungsaufforderung vom 1. Juni 2015 und der Kündigung vom 9. Juli 2015 die Formen und Fristen von Art. 257d OR und 266l OR eingehalten und das Mietverhältnis gültig per 31. August 2015 aufgelöst, weshalb sie gegenüber der Gesuchsgegnerin 1 einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der streitgegenständlichen Räumlichkeiten habe. Zwischen der Gesuchstellerin und den Gesuchsgegnern 2 und 3 bestehe unbestrittenermassen kein Mietverhältnis. Nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses könne sich die Vermieterschaft diesen gegenüber deshalb nicht auf eine obligatorische Rückgabepflicht stützen, sondern könne die Ausweisung aufgrund ihrer dinglichen Berechtigung als Eigentümerin der Liegenschaft gestützt auf Art. 641 bzw. Art. 926 ff. ZGB verlangen. An dieser klaren Rechtslage änderten auch die Vorbringen der Gesuchsgegner 2 und 3 nichts. Vielmehr müssten sich die Gesuchsgegner 2 und 3 den von ihnen erweckten Anschein entgegenhalten lassen, welchen sie durch das Anbringen ihres Namens bzw. ihrer Firma auf dem Briefkasten der streitge-

genständlichen Räumlichkeiten und durch das Belassen dieser Anschrift nach Beendigung des Untermietverhältnisses bzw. nach Beendigung der Vereinbarung betreffend des Führens einer Domiziladresse erweckt hätten. Nachdem nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich in diesen Räumlichkeiten nach wie vor Gegenstände der Gesuchsgegner 2 und 3 befänden, sei der Ausweisungsbefehl auch ihnen gegenüber auszusprechen (act. 26 Erw. 3.2). Damit sei der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar (act. 26 Erw. 4).

4. a) A._____, der Gesuchsgegner 2, brachte in seiner Berufungsschrift vor, er habe zunächst einen Untermietvertrag mit Herrn F._____ (vom 20. April 2015 bis am 31. Mai 2015) und anschliessend mit der C._____ AG (vom 1. Juni 2015 auf unbestimmte Dauer) abgeschlossen. Ende August 2015 (ca. am 26. August 2015) sei die G._____ GmbH, welche die Liegenschaft für die C._____ AG verwalte, auf ihn zugekommen und habe ihn aufgefordert, den gemieteten Büroraum zu verlassen. Die Gründe, weshalb er dies habe tun müssen, seien ihm nicht genannt worden. Daraufhin habe er unverzüglich den Auszug organisiert, obwohl die Kündigungsfrist für den Untermietvertrag vertraglich auf sechs Monate vereinbart worden sei. Spätestens am 31. August 2015 habe er seinen Büroraum aufgeräumt. Spätestens ab diesem Datum habe dieser leer gestanden und sich in einem einwandfreien Zustand befunden. Anschliessend habe er mit der G._____ GmbH einen Termin am 9. September 2015 für die Übergabe des Büros vereinbart. An diesem Termin sei dann die Übergabe erfolgt. Dies bestätige auch das Übergabeprotokoll vom 9. September 2015 (act. 30/5). Spätestens am 3. September 2015 habe er seinen Namen vom Briefkasten entfernt. Auch bei der Übergabe des Büroraums am 9. September 2015 habe sein Name nicht auf dem Briefkasten gestanden (act. 27 S. 3). Mit Eingabe vom 18. September 2015 habe die Berufungsbeklagte eine Klage gegen mehrere Parteien eingereicht und habe deren Ausweisung verlangt. Unter anderem habe sie eine Fotoaufnahme ins Recht gereicht, welche sie als "aktuelles Foto des Briefkastens" bezeichnet habe. Die Berufungsbeklagte habe es unterlassen – zumindest in der Klageschrift – zu erwähnen, wann diese Fotoaufnahme

stattgefunden habe. Auf der seitens der Berufungsbeklagten eingereichten Fotoaufnahme stehe kein Datum. Es sei deshalb nicht belegt, dass sein Name zum Zeitpunkt der Einreichung des Ausweisungsbegehrens vom 18. September 2015 auf dem Briefkasten gestanden habe. Demnach habe die Vorinstanz eine aktenwidrige Annahme getroffen; es liege mithin eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vor (act. 27 S. 4). Bei der Einreichung der Ausweisungsklage am 18. September 2015 habe kein schutzwürdiges Interesse seitens der Berufungsbeklagten betreffend die Ausweisung des Berufungsklägers bestanden, weil letzterer zu diesem Zeitpunkt längst aus dem Büroraum ausgezogen gewesen sei und seinen Namen vom Briefkasten entfernt habe. Das vor-instanzliche Gerichtsverfahren habe Kostenfolgen für ihn, weil er solidarisch verpflichtet worden sei, die Gerichtskosten und die Parteientschädigung zu bezahlen. Es sei wahrscheinlich, dass am Ende er diese Kosten bezahlen müsse. Als Inhaber des Einzelunternehmens hafte er für deren Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Geschäfts- und Privatvermögen (act. 27 S. 4-5).

b) Die Gesuchstellerin brachte vor, der Gesuchsgegner 2 habe ihre Ausführungen vor Vorinstanz nicht bestritten. Er habe vor Vorinstanz insbesondere nicht geltend gemacht, er habe seine Beschriftung am Briefkasten entfernt. Aktenwidrig sei die Behauptung des Gesuchsgegners 2, wonach es die Gesuchstellerin unterlassen habe, "zu erwähnen, wann diese Fotoaufnahme stattgefunden" habe. Die Gesuchstellerin habe vor Vorinstanz präzisiert, dieses Foto sei kurz vor Einreichung des Ausweisungsgesuchs vom 18. September 2015 aufgenommen worden (Prot. S. 6 unten) (act. 34 S. 4). Anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz seien auch die Ausführungen der Gesuchstellerin unbestritten geblieben, dass gemäss Untermietvertrag vom 2./4. April 2015 (act. 1/8 = Berufungsbeilage 4) der "1. Juni 2015 als Mietbeginn" vermerkt "und eine Kündigungsfrist" 6-monatlich im Voraus auf Ende jeden Monats ohne Dezember, jedoch frühestens auf den 30. April 2016 (Mindestdauer) "vereinbart" war und dass eine "Auflösung dieses Mietverhältnisses" vom Gesuchsgegner 2 weder "behauptet noch dargelegt" wurde (act. 34 S. 4-5). Ferner wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass es sich

beim eingereichten Übergabeprotokoll vom 9. September 2015 um ein unzulässiges Beweismittel (unechtes Novum) handle und die neuen Behauptungen in der Berufungsschrift (unechte Noven), welche von ihr bestritten würden, ebenfalls nicht zulässig seien (act. 34 S. 5-6). Im Übrigen – so die Gesuchstellerin – habe das Protokoll mit den von der Ausweisungsklage betroffenen Räumlichkeiten gar nichts zu tun (act. 34 S. 7). Der Gesuchsgegner 2 habe es in der Berufung bezeichnenderweise gänzlich unterlassen, Behauptungen aufzustellen und Beweise zu benennen, aus denen sich ergebe, dass er umsichtig und sorgfältig gehandelt habe. Gegenteiliges sei der Fall: Bereits in der Vorladung sei der Gesuchsgegner 2 unter "wichtige Hinweise" in Ziffer 1 darauf hingewiesen worden, dass er mit "Beweismitteln ausgeschlossen" sei, die er "nicht spätestens an der Verhandlung einreiche". Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner 2 anlässlich der Verhandlung auf Frage des Gerichts ausweichend erklärt habe, es gebe ein Protokoll ..., jetzt habe er es aber gerade nicht dabei, nein das habe er nicht, aber er habe eines (act. 34 S. 7). Zusammenfassend ergebe sich, dass bei Einreichung der Ausweisungsklage am 18. September 2015 ein schutzwürdiges Interesse seitens der Gesuchstellerin auch betreffend dem Gesuchsgegner 2 bestanden habe (act. 34 S. 7).

5. a) Mit Berufung können gemäss Art. 310 ZPO (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Dabei muss der Berufungskläger im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

b) Das Einzelgericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Kein materieller Entscheid ergeht, wenn das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eintreten

kann, weil die Voraussetzungen für ein solches Verfahren fehlen, namentlich der Sachverhalt nicht liquid ist oder kein klares Recht vorliegt (Art. 257 Abs. 3 ZPO). In einem solchen Fall ist der Streitgegenstand noch nicht abgeurteilt und es obliegt dem Gesuchsteller, einen ordentlichen Prozess anzustreben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, 2. Auflage, Art. 257 N 31). Dass die beiden Voraussetzungen im Sinne von Art. 257 Abs. 1 ZPO vorliegen, hat der Gesuchsteller zu beweisen. Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beweisstrengebeschränkung unterliegt, sondern der volle Beweis zu erbringen ist.

Klares Recht liegt vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht. Eine klare Rechtslage ist somit nicht nur dann gegeben, wenn bereits der Gesetzeswortlaut die genaue Bedeutung einer Vorschrift ergibt, sondern auch dann, wenn die Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Rechtssätze, die Ermessen oder eine Würdigung der Umstände verlangen, stellen kein klares Recht dar (vgl. dazu KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 257 N 7; BGE 138 III 123 Erw. 2.1.2 mit Hinweis auf BGE 118 II 304 Erw. 3).

Der Sachverhalt ist liquid, wenn das Gericht zur Auffassung gelangt, dass die vom Gesuchsteller behauptete Sachlage durch kein anderes Beweismittel mehr umgestossen werden kann bzw. sich der Sachverhalt aufgrund des eingereichten Beweismittels nicht anders zugetragen haben kann als so, wie der Gesuchsteller dies geltend macht. Hegt es diesbezüglich Zweifel, ist der Sachverhalt illiquid.

Bestreitet der Gesuchsgegner die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen (Sachverhalt), trifft den Gesuchsgegner lediglich eine Behauptungslast. Er hat seine Einwendungen und Einreden nicht einmal glaubhaft zu machen. Für den Gesuchsteller bedeutet dies im Gegenzug, dass er – entgegen Art. 8 ZGB – zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechthemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 257 N 11). Offensichtlich unbegründete bzw. haltlose Behauptungen seitens des Gesuchsgegners reichen nicht aus, um das

Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen aufzuhalten (vgl. ZR 2008 Nr. 13). Diesfalls darf nach den Grundsätzen der antizipierten Beweiswürdigung von der Abnahme der vom Gesuchsgegner angerufenen Beweismittel abgesehen werden. Allerdings ist dabei Zurückhaltung geboten, da nicht nur das Gleichbehandlungsgebot, sondern auch das Gebot der Waffengleichheit zu beachten sind. Dies hat zur Folge, dass im Falle des bestrittenen Sachverhalts nur dann Rechtsschutz nach Art. 257 ZPO gewährt werden kann, wenn die bestrittenen Tatsachen durch die sofort verfügbaren Beweismittel ohne Weiteres bewiesen werden können. Eine eigentliche Beweiswürdigung im Sinne eines Auswählens und Abwägens zwischen den verschiedenen Beweismitteln ist in diesem Verfahren generell verwehrt bzw. dem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren vorbehalten. Daraus erhellt, dass sich das Gericht bei der Abnahme von Beweismitteln – selbst wenn der Rechtsschutz in klaren Fällen den Regeln des summarischen Verfahrens untersteht und damit die Bestimmungen von Art. 248 ff. ZPO und somit auch diejenigen von Art. 254 ZPO über die Beweismittel zur Anwendung gelangen – grundsätzlich auf Urkunden zu beschränken hat (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, 2. Auflage, Art. 257 N 5; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 257 N 12; Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZO, Online-Version 16.4.2012, Art. 257 N 8). Zusätzliche Beweismittel im Sinne von Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO dürften aufgrund des bereits eingeschränkten Verfahrenszwecks beim Rechtsschutz in klaren Fällen ohnehin entfallen.

6. Zur Voraussetzung der klaren Rechtslage (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO):
 - a) Im Zusammenhang mit dem Ausweisungsverfahren ist 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 obligatorischen, hier 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. Sa-

chen zu verpflichten, die niemals Partei eines Mietvertrages waren, sondern aus anderen Gründen Besitz an der Sache erlangten.

b) Ob die Gesuchstellerin vom Untermietverhältnis des Gesuchsgegners 2 Kenntnis hatte, spielt für das vorliegende Verfahren keine Rolle. Wesentlich ist, dass zwischen dem Gesuchsgegner 2 und der Gesuchstellerin – unbestrittenermassen – keine vertragliche Beziehung besteht. Dies bedeutet, dass nach erfolgter und nicht mehr zu überprüfender Kündigung des (Haupt-)Mietverhältnisses der Gesuchsgegner 2 keinen Anspruch auf weiteren Verbleib in der Mietsache hat, denn der Untermieter kann gegenüber dem Vermieter nie mehr Rechte haben als der Mieter selbst. Die Gesuchstellerin hat somit nicht nur gegenüber der C._____ AG (Gesuchsgegnerin 1), sondern grundsätzlich auch direkt gegen den Gesuchsgegner 2 gestützt auf Art. 641 ZGB und/oder Art. 926 und 928 ZGB einen Ausweisungsanspruch. Indem sie zugleich den Gesuchsgegner 2 (und die hier nicht interessierende Gesuchsgegnerin 3) ins Recht fasste, vermied sie 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., Art. 274g N 5a ff.). Infolge des fehlenden Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien gründet der Ausweisungsanspruch gegen den Gesuchsgegner 2 somit auf dem Eigentum der Gesuchstellerin (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Weder stellt der Gesuchsgegner 2 in seiner Berufung das Eigentum der Gesuchstellerin in Frage noch ergeben sich aus den Akten dagegen sprechende Anhaltspunkte (vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar, Art. 274g N 4a, mit Bezug auf Untermiete Art. 262 N 36 und Art. 273b N 5 ff. sowie ZK OR-Higi, Art. 273b N 21). Es liegt somit klares Recht vor.

7. Zur Voraussetzung des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalts (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO):

a) Der Gesuchsgegner 2 stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass er das Mietobjekt im August 2015 geräumt hatte. Demgegenüber bestritt die Gesuchstellerin, dass diese Büros von der A1._____ geräumt worden sind. Sie führte vor Vorinstanz unter Hinweis auf den Mietvertrag vom 2./4. April 2015 mit Mietbeginn 1. Juni 2015 und der vorgesehenen Mindestdauer bis 30. April 2016 (act. 18/2) aus, der Gesuchsgegner 2 habe weder eine Auflösung dieses Mietverhältnisses behauptet noch dargelegt. Es handle sich somit um gänzlich haltlose Ausführungen des Gesuchsgegners 2 (Prot. S. 6).

b) Der Gesuchsgegner 2 führte anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung aus, er habe im August das Büro geräumt, er wisse aber nicht mehr, an welchem Datum genau das gewesen sei. Die G._____ GmbH hätten ihm bereits ein anderes Büro organisiert, woraufhin er mit dieser einen neuen Vertrag geschlossen habe (Prot. S. 5). Er sei seit August nicht mehr dort gewesen. Im August habe er sein Büro geräumt. Er habe nicht weggehen wollen von dort, aber die G._____ GmbH habe ihn dazu gezwungen, obwohl er einen zweiten Vertrag für dieses Büro gehabt habe (Prot. S. 7). Auf die Bemerkung der Vorsitzenden, so wie es aussehe, sei es für ihn dumm gelaufen, das Haus gehöre der B._____ AG, diese habe mit der Gesuchsgegnerin 1 einen Vertrag abgeschlossen, meinte er, ihm sei ohnehin schon geschadet worden, indem er vorzeitig das Büro habe wechseln müssen (Prot. S. 7). Auf Vorhalt der Vorsitzenden, Rechtsanwalt Y._____ bestehe dennoch darauf, dass er dieses Büro nach wie vor nicht geräumt habe, meinte er, er habe andere Belege die belegten, dass er schon die Miete für ein anderes Büro bezahle. Er habe auch einen Vertrag für ein anderes Büro. Er habe alles schon bezahlt (Prot. S. 8). Die Frage, ob er ein Abgabeprotokoll für dieses Büro habe, bejahte er. Er habe es aber gerade nicht dabei (Prot. S. 8). Zum Vorhalt der Vorsitzenden, sein Name stehe immer noch am Briefkasten an dieser Adresse, meinte er, nein, das sei im letzten August so gewesen. Nun

habe er alles weggemacht. Die Schlüssel und den ganzen Rest habe er bereits der G._____ GmbH zurückgegeben (Prot. S. 8).

Indem er aussagte, die G._____ GmbH habe ihn trotz des bestehenden zweiten Vertrages gezwungen auszuziehen, bzw. ihm sei ohnehin schon geschadet worden, indem er vorzeitig das Büro wechseln müssen, behauptet er nichts anderes, als dass ihm die Beendigung des Untermietverhältnisses über das Büro – und zwar aufgrund der weiteren Ausführungen – auf Ende August 2015 angezeigt worden war. Der Gesuchstellerin scheint diese Behauptung entgangen zu sein (vgl. act. 34 S. 5). Überdies hatte der Gesuchsgegner 2 – entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin (vgl. act. 34 S. 4) – bereits vor Vorinstanz geltend gemacht, die Beschriftung am Briefkasten entfernt zu haben. Wann genau er diese Beschriftung entfernt hatte, ergibt sich aus dem Protokoll nicht. Er wurde auch nicht danach gefragt. Er sagte aber, "im letzten" August sei die Beschriftung noch gewesen, nun habe er alles weggemacht. Als Beweismittel für das Untermietverhältnis (Büro/Gewerbe EG li mi Raum 2 in der Liegenschaft E._____ -Strasse ... in ... Zürich) reichte er den zwischen F._____ (vertreten durch G._____ GmbH) und A1._____ Versicherung vom 2./4. April 2015 abgeschlossenen Untermietvertrag für Geschäftsräume für den Zeitraum 20. April 2015 bis 31. Mai 2015 (act. 18/1), sowie den zwischen C._____ AG (vertreten durch G._____ GmbH) und A1._____ Versicherung vom 2./4. April 2015 abgeschlossenen Untermietvertrag (act. 18/2) ein sowie 5 Posteinzahlungsquittungen betreffend die an F._____ im Zeitraum April bis Juli 2015 geleisteten Mietzinszahlungen (act. 18/3). Gemäss Mietvertrag ist der Mietzins im Betrag von Fr. 498.- im Voraus zahlbar (act. 18/2) und die letzte Zahlung erfolgte am 27. Juli 2015 (act. 18/3 S. 2). Dies unterstützt die Behauptung des Gesuchsgegners 2, dass das Untermietverhältnis per Ende August aufgehoben worden war und er Ende August 2015 die Büroräumlichkeiten verlassen hatte. Beim vor Obergericht eingereichten Übergabeprotokoll vom 9. September 2015 (act. 30/5) handelt es sich um ein neues Beweismittel, welches bereits vor Vorinstanz hätte eingereicht werden können. Es ist deshalb im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen. Zu bemerken ist noch,

worauf auch die Gesuchstellerin hinwies, dass das Abnahmeprotokoll – entgegen den Ausführungen in der Berufungsschrift (act. 27 S. 3) – das neu gemietete Büro des Gesuchsgegners 2 betrifft. Das Abnahmeprotokoll könnte damit lediglich ein Beweismittel dafür sein, dass der Berufungskläger ein anderes Büro gemietet hat. Es kann offen gelassen werden, ob der Gesuchsgegner 2 in der vorinstanzlichen Verhandlung auf das Abnahmeprotokoll für das neue Büro Bezug genommen hatte. Die Frage der Vorsitzenden nach dem Abgabeprotokoll hätte der Gesuchsgegner 2 nämlich durchaus auf sein neues Büro beziehen können. In der Berufungsschrift wurden die bei der Vorinstanz aufgestellten Behauptungen bezüglich Räumung des Büros an der E.____-Strasse vom Gesuchsgegner 2 konkretisiert. Auf diese zum Teil neuen Behauptungen ist nicht näher einzugehen. Insbesondere handelt es sich bei der Behauptung, "spätestens am 3. September 2015 habe er seinen Namen vom Briefkasten entfernt", "auch bei der Übergabe des Büroraums am 9. September 2015 habe sein Name nicht auf dem Briefkasten gestanden" (vgl. act. 27 S. 3) um unechte Noven, welche im Berufungsverfahren nicht mehr vorgebracht werden können.

c) Die vom Gesuchsgegner 2 vor Vorinstanz erhobenen Einwände erweisen sich somit weder als offensichtlich unbegründet noch als haltlos. Die Vorinstanz und auch die Gesuchstellerin gehen fälschlicherweise davon aus, dass der Gesuchsgegner 2 verpflichtet gewesen wäre, ein Abnahmeprotokoll bezüglich der vom Ausweisungsverfahren betroffenen Räumlichkeiten zur Verhandlung mitzubringen (betref. Vorinstanz vgl. Prot. S. 9; betref. Gesuchstellerin vgl. act. 34 S. 7), da ihn lediglich eine Behauptungslast im Sinne einer Bestreitungslast traf. Damit bleibt noch zu prüfen, ob die Einwände des Gesuchsgegners 2, er habe sein Büro im August geräumt bzw. sei seit August nicht mehr im Büro gewesen und die Beschriftung beim Briefkasten habe er entfernt, seitens der Gesuchstellerin mit geeigneten Beweismitteln sofort hätten entkräftet werden können bzw. entkräftet wurden. Die Vorinstanz hat auf das von der Gesuchstellerin mit dem Ausweisungsgesuch eingereichte Foto des Briefkastens (act. 4/9) abgestellt. Diesbezüglich behauptete die Gesuchstellerin, das Foto sei kurz vor Einreichung des Auswei-

sungsgesuches vom 18. September 2015 aufgenommen worden (Protokoll Vorinstanz S. 6). Damit lässt sich aber nicht beweisen, dass der Gesuchsgegner 2 noch Gegenstände in den Räumlichkeiten der Gesuchstellerin hat. Eben so wenig lässt sich damit beweisen und wird auch nicht behauptet, dass im Zeitpunkt der Einreichung der Ausweisklage (18. September 2015) der Briefkasten noch mit dem Namensschild des Gesuchsgegners 2 beschriftet war. Dies wäre im Übrigen lediglich ein Indiz für die Nichträumung des Büros. Im Übrigen ist zu bemerken, dass die Gesuchstellerin das Beweismittel "Foto Briefkasten E.____-Strasse ..., ... Zürich" gegenüber dem Gesuchsgegner 2 lediglich zum Beweis für das bestehende Untermietverhältnis anrief und nicht – wie gegenüber der Gesuchsgegnerin 3 (Prot. S. 6) – dafür, dass der Gesuchsgegner 2 noch nicht ausgezogen war (vgl. act. 1 S. 6). Selbst die Vorinstanz geht davon aus, die Gesuchstellerin habe den Nachweis, dass der Gesuchsgegner 2 die besagten Räumlichkeiten noch für sich in Anspruch nehme, nicht erbringen können. Sie erwog nämlich, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich in diesen Räumlichkeiten nach wie vor Gegenstände des Gesuchsgegners 2 befänden (act. 26 Erw. 4). Diesen Erwägungen ist entgegen zu halten, dass aufgrund der Beweislastverteilung erwiesen sein müsste, dass der Gesuchsgegner 2 noch nicht ausgezogen ist und sich nach wie vor Gegenstände des Gesuchsgegners 2 in den betreffenden Räumlichkeiten befinden.

Demnach erweist sich der Sachverhalt als illiquid. Es hätte demzufolge ein Nichteintretensentscheid im Sinne von Art. 257 Abs. 3 ZPO ergehen müssen.

8. Die Berufung des Gesuchsgegners 2 erweist sich als begründet, weshalb sie gutzuheissen und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 2015 aufzuheben ist. Auf das Ausweisungsbegehren der B.____ AG vom 18. September 2015 gegenüber dem Gesuchsgegner 2 ist zufolge Illiquidität nicht einzutreten. Die Gesuchstellerin ist in Bezug auf den Gesuchsgegner 2 auf das ordentliche bzw. vereinfachte Verfahren zu verweisen.

9. a) Obsiegt der Gesuchsgegner 2, ist auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, soweit der Gesuchsgegner 2 davon betroffen ist, aufzuheben, wobei kein Anlass besteht, die Kostenfestsetzung (Fr. 2'100.-) gemäss Dispositiv Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids (act. 26 S. 6) zu ändern. Sie ist zu bestätigen. Ebenfalls ist der Kostenbezug von der Gesuchstellerin zu bestätigen.
- b) Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO ist der unterliegenden Gesuchstellerin die erstinstanzliche Entscheidgebühr im Umfang von einem Drittel, nämlich Fr. 700.-, aufzuerlegen. Den Restbetrag von Fr. 1'400.- (Fr. 2'100.- – Fr. 700.-) haben ihr die Gesuchsgegnerinnen 1 und 3 unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen. Ferner hat die unterliegende Gesuchstellerin die zweitinstanzliche Entscheidgebühr vollumfänglich zu tragen.
- c) Die Regelung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren ist in Bezug auf den Gesuchsgegner 2 neu zu fassen. Der Gesuchsgegner 2 hat der Gesuchstellerin keine Parteientschädigung zu bezahlen und ihn trifft dafür auch keine Solidarhaftung. Im vorinstanzlichen Dispositiv Ziffer 4 sind deshalb nur die Gesuchsgegnerinnen 1 und 3 als solidarisch haftende Entschädigungspflichtige aufzuführen. Die Gesuchstellerin wird gegenüber dem Gesuchsgegner 2 für beide Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner 2 erst im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten war.
10. a) Für die Festsetzung der Gerichtskosten ist der Streitwert massgebend. Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 3'300.-- (act. 4/2 S. 3) – es ist vom Mietzins für das ganze Objekt, das geräumt werden soll, und nicht vom für das Untermietverhältnis vereinbarten Zins auszugehen – und einer sechsmonatigen Verfahrensdauer (vgl. Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46, Online-Version 20.10.13) ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 19'800.--. In Anwendung von § 12 i.V.m. § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist

die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'800.- festzusetzen.

b) Der Gesuchsgegner 2 beantragte für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung, weshalb ihm auch keine solche zuzusprechen ist. Diesbezüglich bleibt es bei der vorstehenden Korrektur (vgl. Ziff. 9 c) von Dispositiv Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids (act. 26 S. 6). Im Berufungsverfahren verlangte der Gesuchsgegner 2 hingegen ausdrücklich eine Parteientschädigung (act. 27 S. 2). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 19'800.- ergibt sich gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 AnwGebV eine Grundgebühr von Fr. 3'870.-. Diese ist in Anwendung von § 9 AnwGebV auf Fr. 1620.- zu reduzieren. Da der Gesuchsgegner 2 erst im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten war, ist von einer weiteren Gebührenherabsetzung im Sinne von § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV abzusehen (§ 12 Abs. 3 AnwGebV). Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner 2 für das Berufungsverfahren daher eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.- zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. act. 27 S. 2) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 2015 hinsichtlich des Gesuchsgegners 2 aufgehoben.
2. Auf das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin vom 18. September 2015 gegen den Gesuchsgegner 2, A._____, wird nicht eingetreten.

3. Der Gesuchsgegner 2 hat keine der im Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 2015 erwähnten Kosten (Dispositiv Ziffern 2-4) zu tragen. Eine Solidarhaftung für den Gesuchsgegner 2 entfällt.
4. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr (Dispositiv Ziffer 3) wird bestätigt.
5. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 3 hat sich die Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 700.- an der vorinstanzlichen Entscheidgebühr zu beteiligen. Ihr Rückgriffsanspruch auf die Gesuchsgegnerinnen 1 und 3 reduziert sich auf Fr. 1'400.-.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.- festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner 2 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'620.- zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Gesuchsgegnerinnen 1 und 3, an den Gesuchsgegner 2 unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 34), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
9. 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. 19'800.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat **keine aufschiebende Wirkung**.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
22. Januar 2016