

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 1. April 2016

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungskläger,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom  
26. Januar 2016 (ER150038)

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):**

"1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten und es sei ihnen zu befehlen, die von ihnen gemietete 4.5-Zimmerwohnung samt Kellerabteil an der D.\_\_\_\_-Strasse ... in ... unverzüglich, vollständig geräumt und gereinigt zu verlassen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben.

2. Das zuständige Gemeindeammannamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sei anzuweisen, den entsprechenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Klägers zu vollstrecken.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 26. Januar 2016 (act. 12):**

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, die 4.5-Zimmerwohnung samt Kellerabteil an der D.\_\_\_\_-Strasse ... in ... bis spätestens 13. Februar 2016, 12.00 Uhr, zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.
  2. Das Gemeindeammannamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 13. Februar 2016 auf Verlangen der klagenden Partei die Verpflichtung der beklagten Partei gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der klagenden Partei vorzuschliessen. Sie sind ihr aber von der beklagten Partei zu ersetzen.
  3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
  4. Die Kosten werden den beklagten Parteien solidarisch auferlegt.
  5. Die beklagten Parteien werden solidarisch verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (zzgl. 8% MwSt.) zu bezahlen.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

der Berufungskläger (act. 13 S. 2):

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen Einzelgericht im summarischen Verfahren vom 26. Januar 2016 betreffend Ausweisung (Geschäfts-Nr.: ER150038-F/UB/Hug/Bid) sei aufzuheben.

2. Es sei abzuklären, ob der Kläger und Berufungsbeklagte tatsächlich Hauptmieter der 4½-Zimmerwohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... ist und ob er überhaupt berechtigt war, die Kündigung und das Ausweisungsbegehren in die Wege zu leiten.

3. Es sei den Berufungsklägern und Beklagten die Frist zur Räumung der Wohnung bis auf weiteres, mindestens aber bis zum 31. März 2016 zu erstrecken.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

1. Am 15. Dezember 2014 schlossen die Parteien einen Untermietvertrag über eine 4.5-Zimmerwohnung samt Kellerabteil an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in ... (act. 3/1 = 7/1 = 15/1). Auf Begehren des Klägers befahl der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Horgen den Beklagten mit Urteil vom 26. Januar 2016, das genannte Mietobjekt bis spätestens 13. Februar 2016, 12.00 Uhr zu räumen und der klagenden Partei ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 12).

2. Hiergegen erhoben die Beklagten rechtzeitig Berufung. Sie ersuchen um Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Weiter sei abzuklären, ob der Kläger tatsächlich Hauptmieter des Mietobjektes sei und zur Kündigung sowie zur Stellung des Ausweisungsbegehrens überhaupt berechtigt gewesen sei. Schliesslich sei ihnen die Frist zur Räumung der Wohnung bis auf weiteres, mindestens bis zum 31. März 2016 zu erstrecken.

Die Beklagten anerkennen, den fraglichen Mietvertrag abgeschlossen zu haben. Hingegen bestreiten sie den Ausstand von sieben Mietzinsen in Höhe von total Fr. 17'290.--. Weil die Hauptvermieterin die Untermiete nicht nur dem Kläger,

sondern auch Frau E.\_\_\_\_\_ bestätigte, zweifeln sie sodann an der Gültigkeit des Untermietverhältnisses. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger und E.\_\_\_\_\_ Hauptmieter der Wohnung seien. Dies bedeute, dass auch beide den Untermietvertrag sowie die Zahlungsaufforderung und die Kündigung hätten unterzeichnen müssen. Der Kläger habe die Kündigung indes alleine ausgesprochen, weshalb sie diese bei der Schlichtungsbehörde angefochten hätten. Zudem habe der Kläger lediglich seine Bankkarte kopiert, die erforderlichen Einzahlungsscheine zur Zahlung der Mietzinse hätten sie nie erhalten. Schliesslich monieren die Beklagten, es sei unmöglich, innert der angeordneten 14-tägigen Auszugsfrist eine Wohnung zu finden und umzuziehen. Überdies liege ein Härtefall vor. Der Beklagte 2 sei selbständig und übe seine Tätigkeit zuhause aus. Eine Ausweisung innerhalb einer so kurzen Frist bedrohe seine Existenz (act. 13).

3. Mit ihren Vorbringen, aufgrund der Bestätigung der Untermiete an den Kläger und E.\_\_\_\_\_ sei anzunehmen, beide seien Hauptmieter der Wohnung und somit nur gemeinsam zum Abschluss des Untermietvertrages und auch zur Kündigung berechtigt, stellen die Beklagten die Gültigkeit des Vertrages in Frage. Dieser Einwand geht fehl bzw. an der Sache vorbei. Dass die Hauptvermieterin ihr Einverständnis zur Untermiete sowohl dem Kläger als auch E.\_\_\_\_\_ erteilte, bedeutet nicht irgendwie zwangsläufig, dass beide den Hauptmietvertrag als Vertragspartei unterzeichnet haben (act. 7/2 = 15/2). Aber selbst wenn der Kläger wegen einer Solidarmiete oder aus anderen Gründen zum alleinigen Abschluss eines Untermietvertrages nicht berechtigt gewesen sein sollte, stünde dies der Gültigkeit des Untermietvertrages nicht entgegen, sondern würde einzig das Hauptmietverhältnis betreffen. Wesentlich für das vorliegende Verfahren ist einzig, dass der Kläger mit den Beklagten einen Mietvertrag abgeschlossen hat, was von diesen auch nicht bestritten wird (act. 3/1 = 7/1 = 15/1), und ihnen als (Unter-)Vermieter entsprechende Leistungen versprach und danach auch erbrachte.

4.a) Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 12 S. 3f. und 5). Ergänzend ist anzufügen, dass im summarischen Ausweisungsver-

fahren die Frage der Gültigkeit der Kündigung als Vorfrage mit eingeschränkter Kognition zu prüfen ist. Das Begehren ist illiquid, wenn der Gesuchsgegner Einreden und Einwendungen vorbringt, die vom Gesuchsteller nicht sofort als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können.

b) Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass die Kündigung frist- und formgerecht erfolgte: Mit Schreiben vom 21. September 2015 setzte der Kläger den Beklagten eine 30-tägige Frist zur Begleichung der Mietzinse Februar, Mai, Juni, Juli, August und September 2015, insgesamt Fr. 17'290.--, an. Er verband die Fristansetzung mit der Androhung, bei unbenützlichem Ablauf werde das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d OR ausserordentlich gekündigt (act. 3/2 = 7/3 = 15/3). Mit der genauen Bezeichnung der Monate war für die Beklagten klar erkennbar, welchen Betrag sie zur Abwendung der Kündigung zahlen müssen, zumal bezüglich der Höhe der vorschüssig zu leistenden Mietzinse von monatlich Fr. 2'470.-- keine Unklarheit bestand. Damit ist die Zahlungsaufforderung ungeachtet des Totals von sieben anstelle der genannten sechs Monatsmieten hinreichend deutlich abgefasst. Soweit die Beklagten die Zahlung der Mietzinse geltend machen, ist ihnen mit der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass sie zwar für die Monate Februar bis Mai sowie September, Oktober und Dezember 2015 entsprechende Belege eingereicht haben – die Zahlstelle war ihnen offenbar auch ohne Einzahlungsscheine bekannt (act. 13 S. 3) –, nicht jedoch für Juni bis August 2015 (act. 13 S. 2 ff., act. 7/6-9 = 15/6-9). Das vor Vorinstanz offerierte Nachreichen der fehlenden Quittungen genügt zur Fristwahrung nicht (act. 6 S. 3). Damit ist erstellt, dass die Beklagten drei der gemahnten Mietzinse nicht beglichen haben. Dass soweit ersichtlich auch bereits bezahlte Zinse reklamiert wurden, ist unerheblich. Die Zahlungsaufforderung wurde den Beklagten gemäss Sendungsbestätigung der Post am 24. September 2015 zugestellt (act. 3/4), was sie nicht in Abrede stellen. Nach ungenutzt verstrichener Frist kündigte der Kläger das Mietverhältnis am 27. Oktober 2015 je unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 30. November 2015 (act. 3/5/1-2 = 7/4 = 15/4). Für die Zustellung der Kündigung gilt die uneingeschränkte Empfangstheorie. Eine Kündigung ist daher wirksam an dem Tag zugestellt, an dem es dem Empfänger nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, die Sendung abzuholen. In der Regel

ist dies der Tag nach Einwurf des Abholzettels in den Briefkasten (SVIT-Kommentar, 3. Aufl., Art. 257d N 37). Die Kündigung wurde den Beklagten unbestrittenermassen am 28. Oktober 2015 zur Abholung gemeldet (act. 3/7/1-2), sodass sie sie am 29. Oktober 2015 hätten entgegen nehmen können. Die 30-tägige Kündigungsfrist ist daher gewahrt.

c) Mit ihren Vorbringen, ein Umzug innert so kurzer Frist sei unmöglich und bedeute ferner eine Bedrohung der Existenz des Beklagten 2, machen die Beklagten eine besondere Härte geltend (act. 13 S. 4). Dabei handelt es sich um ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Dieser Einschränkung des Novenrechts steht der soziale Untersuchungsgrundsatz von Art. 247 Abs. 2 ZPO nicht entgegen (BGE 138 III 625 E. 202), wobei dieser ohnehin nur für die im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu beurteilenden mietrechtlichen Streitigkeiten vorgesehen ist und nicht für den im summarischen Verfahren gewährten Rechtsschutz in klaren Fällen. Aber selbst wenn die Einwände persönlicher Natur zulässig wären, wären sie unbehelflich. Die mit einem Umzug verbundenen Belastungen vermögen an der Gültigkeit der Kündigung und somit am Fehlen einer Berechtigung zur weiteren Benutzung der Wohnung durch die Beklagten nichts zu ändern. Die Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstandes ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

5. Demzufolge halten sich die Beklagten nach der auf den 30. November 2015 rechtmässig ausgesprochenen Kündigung gegenwärtig ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf. Umso weniger hätten sie ein Anrecht auf Verbleib in der Wohnung, wenn bereits der Mietvertrag, wie von den Beklagten angenommen, ungültig wäre. Der Ausweisungsbefehl wurde somit zu Recht erteilt. Das von den Beklagten eingeleitete Schlichtungsverfahren (act. 7/10-11) hindert den Ausweisungsrichter nicht, dem Begehren bei liquiden Verhältnissen stattzugeben, da er die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens bildenden Fragen wie dargelegt vorfrageweise prüfen kann (OGer ZH PF110018 vom 1. Juli 2011).

Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Da der Berufung aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und der im an-

gefochtenen Entscheid angesetzte späteste Termin für die Räumung der Wohnung mittlerweile verstrichen ist, ist den Beklagten nochmals eine kurze Frist für den Auszug anzusetzen.

6. Ausgangsgemäss werden die Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Die Beklagten stellen die Gültigkeit der Kündigung in Frage und haben diese auch bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Horgen angefochten. Ist die Gültigkeit der Kündigung streitig, bemisst sich der Streitwert im Ausweisungsverfahren nach dem Zeitraum, während dem der Mietvertrag fort dauerte bzw. dem Zeitpunkt, auf welchen gekündigt werden könnte, wäre die Kündigung nicht gültig. Massgeblich ist somit der Bruttomietzins ab umstrittener Auflösung (30. November 2015) bis zum Ablauf der dreijährigen Sperrfrist von Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, gerechnet ab vorliegendem Entscheid, unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist (30. September 2019, vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, online-Stand 20. Oktober 2013, Art. 91 N 15, 44, 46). Dies ergibt bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'470.-- (act. = 7/1) einen Streitwert von rund Fr. 104'000.--.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 26. Januar 2016 wird bestätigt mit der Präzisierung, dass die Beklagten die Mietsache bis spätestens 15. April 2016, 12 Uhr, zu verlassen und dem Kläger ordnungsgemäss zu übergeben haben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und den Beklagten unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 13, an das Gemeindeammannamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg zusammen mit einer Kopie des Entscheides der Vorinstanz (act. 12) sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 104'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:  
4. April 2016