

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170022-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer

Urteil vom 16. Mai 2017

in Sachen

1. ...

2. ...

3. **A.**_____,

Beklagte und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.

X2._____,

gegen

...-Anlagestiftung B._____,

vertreten durch C._____ AG, diese vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur.

Y._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 10. April 2017 (ER170030)

Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es seien die Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihnen demgemäss zu befehlen, die von ihnen gemietete beziehungsweise genutzte 4-Zimmerwohnung (ca. 70m²) im 3. Obergeschoss der Liegenschaft D. _____-Strasse ..., ... Winterthur, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Klägerin zu übergeben.
2. Die zuständige Vollzugsbehörde (Stadtammannamt Winterthur-...) sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der (solidarisch haftenden) Beklagten."

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht summarisches Verfahren, vom 10. April 2017 (act. 15):

Es wird verfügt:

- "1. Das Verfahren wird hinsichtlich des Beklagten 1 abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis."

Es wird erkannt:

- "1. Das Verfahren wird hinsichtlich des Beklagten 1 abgeschrieben.
2. Die Beklagten 1 bis 3 werden verpflichtet, die 4-Zimmerwohnung im 3. Obergeschoss an der D. _____-Strasse ... in ... Winterthur unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
3. Das Stadtammannamt Winterthur-... wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Klägerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Klägerin hat die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihr von den Beklagten, unter solidarischer Haftung, zu ersetzen.

4. Die Gerichtsgebühr von Fr. 750.– wird von der Klägerin bezogen, ist ihr aber von den Beklagten 2 und 3, unter solidarischer Haftung, im Umfang von 5/6 zu ersetzen. Im Umfang von 1/6 ist der Klägerin die Gerichtsgebühr vom Beklagten 1 zu ersetzen.
 5. Die Beklagten 2 und 3 werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 835.– zu bezahlen. Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 165.– zu bezahlen. "
- (6.-9. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten 3 und Berufungsklägerin (act. 16):

- "1. Die Ziffern 2 bis 5 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. April 2017 (Geschäfts-Nr. ER170030) seien aufzuheben und auf das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten vom 3. März 2017 sei nicht einzutreten.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Am 18. bzw. 21. September 2015 schlossen die Klägerin und der Beklagte 1 einen unbefristeten Mietvertrag über eine 4-Zimmerwohnung im 3. Obergeschoss an der D.____-Strasse ... in ... Winterthur zu einem Mietzins von brutto Fr. 1'675.-- monatlich (act. 4/1). Kündbar war der Vertrag auf jedes Monatsende ausser Dezember, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten. Am 5. Juli 2016 schloss der Beklagte 1 mit den Beklagten 2 und 3 einen unbefristeten Untermietvertrag über diese Wohnung ab (act. 4/3), der mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten auf jedes Monatsende kündbar war. Die Klägerin erteilte mit Nachtrag vom 13. bzw. 14. Juli 2016 ihre Zustimmung zum Untermietvertrag, befristet bis zum 31. Oktober 2017 und unter den genannten Bedingungen (act. 4/2).

b) Der Beklagte 1 kündigte mit eingeschriebenem Brief vom 25. November 2016 den (Haupt-) Mietvertrag gegenüber der Klägerin per 28. Februar 2017 (act. 4/4). Die Klägerin bestätigte diese Kündigung mit Schreiben vom 29. November 2016 (act. 4/5). Die Beklagten 2 und 3 blieben nach dem 28. Februar 2017 in der Woh-

nung (act. 1 S. 5 Ziff. 11 i.V.m. act. 9 S. 8). Am 7. März 2017 ging das Ausweisungsgesuch der Klägerin bei der Vorinstanz ein. Der Beklagte 1 anerkannte dieses. Die Beklagte 3 beantragte, darauf sei nicht einzutreten (act. 9). Der Beklagte 2 äusserte sich nicht. Mit Urteil vom 10. April 2017 erteilte die Vorinstanz den beantragten Ausweisungsbefehl (act. 15).

c) Die Beklagte 3 ficht das vorinstanzliche Urteil an und beantragt erneut, auf das Ausweisungsgesuch sei nicht einzutreten (act. 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-13). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt, da sich die Vorbringen der Beklagten 3 als von vornherein unbegründet erweisen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

d) Am vorliegenden Berufungsverfahren sind einzig noch die Beklagte 3 sowie die Klägerin beteiligt. Um eine bessere Verständlichkeit zu erzielen und Verwechslungen vorzubeugen, wird in den folgenden Erwägungen die vorinstanzliche Parteibezeichnung "Klägerin" sowie "Beklagte 3" verwendet.

2. a) Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO wird gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten 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.

Wenn ein Untermietverhältnis besteht, bejahen 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., BGE 120 II 112 E. 3b). 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. Ob der Ausweisungsanspruch des (Haupt-)Vermieters gegenüber den Untermietern obligationen- oder sachen-

rechtlich begründet wird, ändert nichts daran, dass nach erfolgter und nicht mehr zu überprüfender Kündigung des (Haupt-) Mietverhältnisses der Untermieter keinen Anspruch auf weiteren Verbleib in der Mietsache hat, denn der Untermieter kann gegenüber dem Vermieter nie mehr Rechte haben als der Mieter selbst. Ob das Untermietverhältnis gekündigt wurde, ist deshalb irrelevant.

b) Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen des Art. 257 ZPO als gegeben, bejahte das Vorliegen eines Untermietverhältnisses, verneinte eine Umgehungskonstellation und erwog, dass infolge Beendigung des Hauptmietverhältnisses durch Kündigung die Untermieter keinen Anspruch auf Verbleib im Mietobjekt hätten, selbst wenn der Untervermieter die Kündigung des Untermietverhältnisses unterlassen hätte oder formnichtig oder verspätet gekündigt hätte (act. 15 S. 10). Sie ging umfassend auf die Vorbringen der Beklagten 3 ein und erwog, dass die Beklagte 3 keine substantiierten und schlüssigen Einwendungen vorgebracht habe (act. 15 S. 4-12).

c) Als Berufungsgründe kann die Beklagte 3 unrichtige Rechtsanwendung sowie unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend machen (Art. 310 ZPO). Es ist daher im folgenden auf die Berufungsbegründung in Verbindung mit den vorinstanzlichen Erwägungen einzugehen.

3. a) Die Beklagte 3 hatte vorinstanzlich die - nicht explizit auch Untermietverhältnisse erwähnende - Vollmacht der Klägerin als ungenügend sowie deren Vertretung als unklar bemängelt (act. 9 S. 5 f. i.V.m. act. 2). Die Vorinstanz erwog, die Vertretungsverhältnisse der Klägerin seien klar und es gebe keine sachlichen Anhaltspunkte für die Interpretation der Beklagten 3, dass eine Vollmacht für die Vertretung betreffend allfälliger Untermietverhältnisse fehle. Die Vorinstanz wies darauf hin, dass die C. _____ AG die Klägerin generell bei der Bewirtschaftung der Liegenschaften vertrete und dass die Rechtsanwältin entsprechend ihrer spezifischen Vollmacht das vorliegende Ausweisungsverfahren führe (act. 15 S. 6 f.). Auf diese zutreffenden Erwägungen geht die Beklagte 3 in der Berufungsschrift nicht ein (act. 16). Eine unrichtige Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung ist nicht dargetan.

b) Vorinstanzlich hatte die Beklagte 3 behauptet, es sei kein (Haupt-)Mietvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 zustande gekommen, weil die für die Klägerin zeichnenden Personen dazu nicht bevollmächtigt gewesen seien. Die Vorinstanz erwog, es sei seitens der Klägerin zumindest zu einer nachträglichen Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR gekommen und bejahte das Zustandekommen des (Haupt-)Mietvertrages. Die Beklagte 3 geht in ihrer Berufungsschrift nicht auf diese Erwägung ein und vermag deren Unrichtigkeit nicht darzutun (act. 16).

c) Die Beklagte 3 wandte vorinstanzlich ein, sie bestreite die Behauptung der Klägerin, dass zwischen der Klägerin und den Beklagten 2 und 3 kein direktes Mietverhältnis bestehe (act. 9 S. 8). Die Beklagte 3 interpretierte die Ausführungen der Klägerin in der Klageschrift dahingehend, dass die Klägerin behaupte, sie selbst habe den Beklagten 2 und 3 ausserordentlich gekündigt (act. 9 S. 8 Ziff. 22). Aktenkundig ist lediglich die Behauptung der Klägerin, es sei gekündigt worden (act. 1 S. 5 Ziff. 10). Die Klägerin konkretisierte nicht, wer gekündigt habe. Eine Widersprüchlichkeit der klägerischen Vorbringen, welche es als unklar erscheinen lasse, ob sie dennoch einen Vertrag mit den Beklagten 2 und 3 geschlossen habe, lässt sich aus diesen Vorbringen nicht ableiten.

Die Beklagte 3 behauptet zweitinstanzlich, die Vorinstanz habe verbindlich festgestellt, dass die Klägerin gegenüber den Beklagten 2 und 3 eine Kündigung ausgesprochen habe (act. 16 S. 6 Ziff. 11.3). Diese Behauptung der Beklagten 3 ist unzutreffend und von vornherein irrelevant. Die Vorinstanz hielt mit Recht fest, es sei für die Beurteilung des Ausweisungsbegehrens gegenüber den Beklagten 2 und 3 einzig relevant, ob das Hauptmietverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 beendet worden sei (act. 15 S. 10 f.). Entscheidend ist, dass die Klägerin vorinstanzlich das Hauptmietverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1, ebenso das Untermietverhältnis zwischen dem Beklagten 1 und den Beklagten 2 und 3, ferner die Zustimmung der Klägerin zum Untermietverhältnis (Art. 262 OR) mit Urkunden belegte (act. 4/2-4/4). Die Beklagte 3 hat die Echtheit dieser Urkunden mit Recht nicht bestritten. Ihre pauschale Behauptung, es liege eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen vor (act. 9 S. 9), blieb unsubstantiiert, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 15 S. 9 f.).

d) Die Vorinstanz erwog, der - von der Beklagten 3 bestrittene - Mietvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 sei gültig zustande gekommen (act. 15 S. 8). Sie erwog sodann, der ins Recht gelegte Untermietvertrag habe eindeutig ein Untermietverhältnis zwischen dem Beklagten 1 als Untervermieter und den Beklagten 2 und 3 als Untermietern begründet, und zwar über die gleiche Wohnung, welche Mietobjekt im Mietvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten 1 gewesen sei. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehe dabei zwischen dem (Haupt-)Vermieter und den Untermietern kein direktes Vertragsverhältnis (act. 15 S. 9 mit Verweisen). An dieser rechtlichen Qualifikation vermöge weder eine allfällige vorsorglich durch den Vermieter gegenüber den Untermietern ausgesprochene Kündigung noch die Formulierung der Vollmacht zur Vertretung gegenüber "Mieter" etwas zu ändern (act. 15 S. 9). Mit dieser zutreffenden Erwägung setzt sich die Beklagte 3 in der Berufungsschrift nicht auseinander (act. 16 S. 5 f.); sie bleibt bei ihrer unsubstantiierten Behauptung, sie stehe in einem Mietverhältnis zur Klägerin. Die Interpretation der Beklagten 3, damit habe die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass die Klägerin gegenüber den Beklagten 2 und 3 eine Kündigung ausgesprochen habe (act. 16 S. 6), ist haltlos. Wenn die Beklagte 3 sodann auf amtliche Kündigungsformulare verweist und aus deren Formulierung schliessen will, dass die Klägerin damit eingestanden habe, dass zwischen dem Kündigenden und dem Gekündigten ein Mietvertrag bestehe (act. 16 S. 6 f.), so ist auf die obigen Erwägungen zu verweisen, wonach die Beklagte 3 ihre Behauptung nicht zu substantiieren vermochte. Es ist von vornherein unbehelflich, wenn die Beklagte 3 auf ihrer nicht substantiierten Behauptung beharrt, wonach die Vorinstanz verbindlich festgestellt habe, dass die Klägerin gekündigt habe (act. 16 S. 7 f.). Sie vermag damit weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung darzutun.

e) Die Vorinstanz erwog, das Hauptmietverhältnis sei fristgerecht gekündigt worden, zudem sei die Kündigung nicht angefochten worden und daher gültig. Dies habe zur Folge, dass mit dem Hauptmietverhältnis auch das Untermietverhältnis per 28. Februar 2017 beendet worden sei. Somit sei der Ausweisungsanspruch gegenüber allen drei Beklagten ausgewiesen (act. 15 S. 11 f.). Die Beklagte 3

vermochte diesbezüglich keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder unrichtige Rechtsanwendung darzutun.

4. Dem Ausweisungsanspruch der Klägerin steht nach dem Gesagten kein dingliches oder obligatorisches Recht der Beklagten 3 entgegen, welches sie zur Weiterbenutzung der Räumlichkeiten berechtigen würde. Ihre Einwendungen sind unbehelflich. Die Beklagten 2 und 3 halten sich gegenwärtig ohne Rechtsgrund im Objekt auf. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Ausweisungsbeehl zu Recht erteilt wurde. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

5. a) Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Rechtshängigkeit beim Einzelgericht am 7. März 2017 ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'675.-- (act. 4/1) – es ist vom Mietzins für das ganze Objekt, das geräumt werden soll, und nicht vom für das Untermietverhältnis vereinbarten Zins auszugehen – ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 10'050.--.

b) Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 2 lit. a, c, d i.V.m. § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 750.-- festzusetzen.

c) Ausgangsgemäss wird die Beklagte 3 für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mangels erheblicher Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 10. April 2017 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und der Beklagten 3 und Berufungsklägerin auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 16, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'050.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am:
16. Mai 2017