

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 9. April 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend

Abberufung und Ernennung Liquidatoren

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 9. November 2020 (EO200006)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei der Gesuchsgegner als gesetzlicher Liquidator der einfachen Gesellschaft der Parteien abgerufen und es sei der Gesuchsteller als alleiniger Liquidator der einfachen Gesellschaft der Parteien zu bezeichnen.

Eventualiter zu Ziff. 1

Es sei eine Drittperson vom Gericht als alleinige(r) Liquidator(in) zu bezeichnen.

2. Es sei der Gesuchsteller gerichtlich zu ermächtigen, den Mietvertrag mit der C. _____ AG, D. _____ [Ort], betreffend die Mietwohnung E. _____ [Strasse] ..., F. _____ [Ort] alleine und ohne Zustimmung des Gesuchsgegners auf den erstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen.

Eventualiter zu Ziff. 2

Es sei für den Fall der Abweisung von Ziff. 1 und der Guttheissung des Eventualantrags zu Ziff. 1 die eingesetzte Drittperson gerichtlich anzuweisen, den Mietvertrag der Parteien mit der C. _____ AG, D. _____, betreffend die Mietwohnung E. _____ ..., F. _____, auf den erstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen.

Subeventualiter zu Ziffer 2

Es sei der Gesuchsgegner unter Androhung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, eine schriftliche und formgültige Kündigung des Mietvertrages der Parteien mit der C. _____ AG, D. _____, betreffend die Mietwohnung E. _____ ..., F. _____, auf den erstmöglichen Kündigungstermin zusammen mit dem Gesuchsteller zu unterzeichnen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zu lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Der Gesuchsgegner wird als Liquidator der einfachen Gesellschaft der Parteien abberufen.
2. Der Gesuchsteller wird zum alleinigen Liquidator der einfachen Gesellschaft der Parteien ernannt.

Der Gesuchsteller wird als Liquidator insbesondere ermächtigt, den Mietvertrag mit der C. _____ AG, D. _____, betreffend die Mietwohnung E. _____ ..., F. _____, alleine und ohne Zustimmung des Gesuchsgegners auf den erstmöglichen Kündigungstermin zu kündigen.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'350.–.
4. Die Entscheidgebühr wird dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Gesuchsgegner wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

- " 1. Das Urteil vom 9. November 2020 des Bezirksgerichts Uster sei aufzuheben und das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. von 7.7 %) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. B._____ (nachfolgend Gesuchsteller) und A._____ (nachfolgend Gesuchsgegner) sind Halbbrüder und wohnten während einiger Zeit zusammen in einer Mietwohnung der C._____ AG in der Liegenschaft E._____ ... in F._____. Zum vorliegenden Verfahren führte die Uneinigkeit der Parteien über die Kündigung des gemeinsamen Mietvertrags.

1.2. Mit Gesuch vom 1. September 2020 verlangte der Gesuchsteller gestützt auf Art. 250 lit. c Ziff. 3 ZPO vom Summarrichter des Bezirksgerichts Uster (nachfolgend Vorinstanz) die Abberufung des Gesuchsgegners als gesetzlicher Liquidator der (aufgrund der Wohngemeinschaft bestehenden) einfachen Gesellschaft der Parteien und die Bezeichnung des Gesuchstellers als alleiniger Liquidator. Weiter beantragte er die Ermächtigung zur Kündigung des Mietvertrags (vgl. act. 1 [Anträge im Wortlaut wiedergegeben oben, S. 2]). Nach Durchführung einer Verhandlung am 21. Oktober 2020 hiess die Vorinstanz das Gesuch gut, setzte den Gesuchsgegner als Liquidator ab, ernannte den Gesuchsteller zum alleinigen Liquidator und ermächtigte diesen insbesondere zur Kündigung des Mietvertrags (vgl. act. 38).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner am 22. Januar 2021 rechtzeitig Berufung beim Obergericht. Er beantragte die Aufhebung des Urteils und die Abweisung des Gesuchs, soweit darauf eingetreten werden könne; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. act. 39 [Anträge im Wortlaut wiedergegeben oben, S. 3]; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 36). Mit Beschluss vom 1. Februar 2021 wurde dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und ihm wurde Rechtsanwältin MLaw X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (vgl. act. 50). Ein Antrag des Gesuchstellers auf Edition diverser Unterlagen im Zusammenhang mit dem UP-Verfahren des Gesuchsgegners wurde mit Beschluss vom 5. März 2021 abgewiesen; mit gleichem Beschluss wurde dem Gesuchsteller Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (vgl. act. 56). Die Antwort datiert vom 18. März

2021 (vgl. act. 58). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-36). Die Sache ist spruchreif.

1.4. Der Streitwert beträgt Fr. 11'431.– (vgl. act. 7). Damit ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz erwog, es sei zunächst die Vorfrage zu beantworten, ob die einfache Gesellschaft überhaupt aufgelöst worden sei. Die Parteien seien sich in dieser Frage nicht einig (vgl. act. 38 E. 4.1.1.). Die Vorfrage sei zu bejahen: Es könne offen gelassen werden, ob zureichende Gründe im Sinne von Art. 545 Abs. 2 OR vorhanden gewesen seien, die den Gesuchsteller zur ausserordentlichen (d.h. sofortigen) Kündigung der einfachen Gesellschaft berechtigt hätten, wie er sie mit dem Brief vom 27. Februar 2020 erklärt habe. Wenn der Gesuchsteller nämlich nicht zur sofortigen Auflösung berechtigt gewesen wäre, hätte seine Kündigung nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR spätestens auf den erstmöglichen ordentlichen Termin gewirkt. Dies ergebe sich in analoger Weise aus dem mietrechtlichen Grundsatz (vgl. Art. 266a Abs. 2 OR), wonach eine Kündigung, die einer vertraglichen oder gesetzlichen Frist nicht genüge, für den nächstmöglichen Kündigungstermin wirke (vgl. act. 38 E. 4.1.5.). Es lägen mehrere wichtige Gründe vor, welche die Abberufung des Gesuchsgegners als Liquidator rechtfertigten. Die Parteien seien sodann offensichtlich nicht in der Lage, selber einen neuen Liquidator zu bestimmen und der Gesuchsgegner habe keine Argumente gegen den Gesuchsteller als Liquidator vorgebracht, weshalb dieser antragsgemäss zum alleinigen Liquidator zu ernennen sei (vgl. act. 38 E. 4.2.3. und 4.2.4.).

2.2. Der Gesuchsgegner bringt einen entscheidenden Einwand gegen die vorinstanzliche Einschätzung vor, welcher zur Gutheissung der Berufung führt (vgl. act. 39 Rz 10): Ein Gesuch auf Abberufung/Ernennung eines Liquidators im summarischen Verfahren gemäss Art. 250 lit. c Ziff. 3 ZPO kann nur eingereicht werden, wenn die Auflösung und der Eintritt in den Zustand der Liquidation un-

strittig sind (vgl. BGer 4A_143/2013 vom 30. September 2013 E. 2.2 und BSK OR II-Staehelin, 5. Auflage 2016, Art. 583 N 6 und Art. 548/549 N 1). Das ist hier jedoch nicht der Fall – wie auch die Vorinstanz selber schreibt (vgl. act. 38 E.

4.1.1). Der Gesuchsteller hätte eine Klage auf Durchführung der Liquidation im ordentlichen Verfahren einleiten müssen, in welchem Verfahren das Gericht hätte prüfen können, ob die einfache Gesellschaft aufgelöst ist und ob sie liquidiert werden soll. Die Klage hätte dabei mit dem Antrag auf Einsetzung eines Liquidators verbunden werden können (vgl. BGer 4A_143/2013 vom 30. September 2013 E. 2.2 und BSK OR II-Staehelin, 5. Auflage 2016, Art. 583 N 6 und Art. 548/549 N 1). Indem die Vorinstanz hier den Austausch des Liquidators in einem summarischen Verfahren vornahm, obwohl die Frage der Auflösung strittig ist, hat sie das Recht verletzt.

2.3.

2.3.1. Der Gesuchsteller erklärt in seiner Berufungsantwort, im Entscheid BGE 69 II 33 habe das Bundesgericht festgehalten, dass ein mit der Abberufung und Einsetzung eines Liquidators befasstes Gericht vorfrageweise zu entscheiden habe, ob sich die Gesellschaft in Liquidation befinde. Die Vorinstanz habe die Vorfrage der Auflösung deshalb sehr wohl beantworten dürfen (vgl. act. 58 Rz 7-9). Im genannten Entscheid ging es um eine Klage auf Wechsel des Liquidators und gemäss Bundesgericht hätte die Vorinstanz in diesem Verfahren vorfrageweise prüfen müssen, ob die Gesellschaft nicht bereits liquidiert war und sich also nicht mehr im Liquidationsstadium befand (vgl. BGE 69 II 33 E. 4). Dieser Entscheid aus dem Jahr 1943 ändert jedoch nichts daran, dass gemäss dem Entscheid BGer 4A_143/2013 des Bundesgerichts vom 30. September 2013 unter dem System der neuen ZPO nur dann im Rahmen des summarischen Verfahrens ein Wechsel des Liquidators begehrt werden kann, wenn unbestritten ist, dass die Gesellschaft sich im Liquidationsstadium befindet, andernfalls hingegen das ordentliche Verfahren zum Zug kommt.

2.3.2. Der Gesuchsteller will sodann den Entscheid BGer 4A_143/2013 des Bundesgerichts vom 30. September 2013 so verstanden haben, dass der Summarichter die Vorfrage der Auflösung durchaus bejahen darf, wenn er die Frage ein-

gehend geprüft hat und selbst aufgrund von Urkunden davon überzeugt ist, dass die Gesellschaft aufgelöst ist (vgl. act. 58 Rz 14). Dies leitet er aus den Erwägungen 2.3. und 2.4 des Entscheids ab (vgl. act. 58 Rz 12 f.). Dieser Einschätzung ist nicht zu folgen: Am Schluss der Erwägung 2.3. des Entscheides wird explizit wiederholt, dass der vorinstanzliche Summarrichter nur zu prüfen hatte, ob die Auflösung unbestritten ist, nicht hingegen, ob ein Auflösungsgrund vorliegt. Dass sich die Vorinstanz bei der unzulässigen Prüfung, ob eine Auflösung gegeben ist, bloss auf Wahrscheinlichkeiten stützte und damit die Vorgaben des summarischen Verfahrens verletzte, wird vom Bundesgericht lediglich zusätzlich kritisiert, für den konkreten Fall jedoch als unbedeutend taxiert. Und in der Erwägung 2.4. des Entscheides wird die Abweisung des vorinstanzlichen Antrags schliesslich genau damit begründet, dass die Frage der Auflösung nicht unbestritten ist.

2.3.3. Der Gesuchsteller bringt in seiner Berufungsantwort schliesslich vor, es sei vorinstanzlich unbestritten geblieben und bleibe unbestritten, dass er am 27. Februar 2020 ein Schreiben zuhanden des Gesuchsgegners verfasst habe, worin er die einfache Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt habe. Unbestritten sei auch geblieben und bleibe weiterhin, dass der Gesuchsgegner dieses Schreiben empfangen habe (vgl. act. 58 Rz 16). Die Ausführungen des Gesuchsgegners, wonach strittig sein soll, ob die einfache Gesellschaft aufgelöst sei, seien deshalb dahingehend zu berichtigen, dass nicht der Sachverhalt der Auflösung, sondern lediglich die rechtliche Qualifikation dieses Sachverhalts strittig sei. Die Parteien seien sich lediglich über die Frage uneins, ob das Schreiben vom 27. Februar 2020 inhaltlich auch als ordentliche Kündigung zu würdigen sei. Dabei handle es sich aber um eine Rechtsfrage, die das Gericht auf jeden Fall beantworten dürfe bzw. sogar müsse (vgl. act. 58 Rz 20).

Selbst wenn es unbestritten wäre, dass der Gesuchsteller am 27. Februar 2020 ein Kündigungsschreiben verfasste und der Gesuchsgegner dieses zur Kenntnis nahm (vgl. act. 22 Rz 22 zum Vorwurf der gefälschten Unterschrift), würde dies jedoch nichts daran ändern, dass die Auflösung der Gesellschaft und deren Übergang in das Liquidationsstadium vom Gesuchsgegner bestritten wurde und weiterhin bestritten wird. Ist die Auflösung zwischen den Parteien aber nicht unbe-

stritten, darf der Summarrichter keinen Liquidator abberufen bzw. ernennen, auch dann nicht, wenn sich allein aus der Beantwortung einer Rechtsfrage ergibt, ob die Gesellschaft aufgelöst ist oder nicht. Der Einwand des Gesuchstellers ist damit nicht stichhaltig. Wie sogleich ausgeführt wird und worauf auch der Gesuchsgegner in der Berufung hinweist (vgl. act. 39 Rz 12 S. 5 unten und S. 6), hat die Vorinstanz im Übrigen das Schreiben vom 27. Februar 2020 zu Unrecht als ordentliche Kündigung eingestuft.

2.4. Die Vorinstanz erwog, im Recht der einfachen Gesellschaft gelte der mietrechtliche Grundsatz gemäss Art. 266a Abs. 2 OR analog, wonach eine Kündigung, die einer vertraglichen oder gesetzlichen Frist nicht genüge, für den nächstmöglichen Kündigungstermin wirke. Wäre der Gesuchsteller nicht zur Auflösung wegen eines wichtigen Grundes berechtigt gewesen, hätte seine Kündigung vom 27. Februar 2020 deshalb als ordentliche Kündigung im Sinne von Art. 546 OR per 28. August 2020 gewirkt (vgl. act. 38 E. 4.1.5.). Hier geht es aber nicht bloss um die formelle Einhaltung von Kündigungsfristen, sondern um die Frage, ob beim Fehlen wichtiger Gründe die verlangte Auflösung aus wichtigen Gründen nach Art. 545 Abs. 2 OR in eine ordentliche Kündigung nach Art. 546 OR umgewandelt wird. Auch das Mietrecht sieht eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen vor (Art. 266g OR). Bestehen die wichtigen Gründe nicht, welche die kündigende Partei gestützt auf Art. 266g OR geltend macht, fehlt der kündigenden Partei die Kündigungsberechtigung. Eine solche Kündigung bleibt von Anfang an wirkungslos bzw. unwirksam und das Mietverhältnis unverändert bestehen. Als «Nicht»-Kündigung kann sie nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden (vgl. ZK OR-Higi/Bühlmann, 5. Auflage 2020, Art. 266g N 67; BGE 135 III 441 E. 3 und BGer 4A_142/2012 vom 17. April 2012 = MRA 4/12, 237 ff.; vgl. auch BSK OR II-Staehelin, 5. Auflage 2016, Art. 545/546 N 22). Analog kann es auch bei der einfachen Gesellschaft keine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung geben, wenn die wichtigen Gründe nicht gegeben sind. Im Ergebnis kann die Kündigung vom 27. Februar 2020 entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht als umgewandelte ordentliche Kündigung im Sinne von Art. 546 OR angesehen werden.

2.5. Damit hat die Vorinstanz zu Unrecht einen Wechsel des Liquidators vorgenommen; die Berufung des Gesuchsgegners ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Gesuch des Gesuchstellers abzuweisen.

3.

3.1. Da der Gesuchsteller in beiden Verfahren vollumfänglich unterliegt, wird er sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr und Parteientschädigung wurde von den Parteien nicht beanstandet. Die Beträge sind angemessen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 11'431.– sind die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.– und die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'300.– zzgl. MwSt. festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 9. November 2020 aufgehoben und das Gesuch des Gesuchstellers vom 1. September 2020 wird abgewiesen.
2. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'350.– festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'600.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'300.– zuzüglich CHF 100.– (7.7 % MwSt. auf CHF 1'300.–), also total CHF 1'400.– zu zahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort, sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'431.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
9. April 2021