

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

## Urteil vom 28. Juni 2021

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

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

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_ AG,

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

Gesuchsgegnerinnen und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_,

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. April 2021 (ER200183)

**Rechtsbegehren der Gesuchstellerin bzw. Berufungsklägerin:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei den Gesuchsgegnern unter Androhung des Zwangsvollzuges im Unterlassungsfalle zu befehlen, die derzeit unter dem Namen "D. \_\_\_\_\_" betriebenen Räumlichkeiten (ca. 57 m<sup>2</sup> im 2. UG, ca. 57 m<sup>2</sup> im EG und ca. 134 m<sup>2</sup> im 1. OG) in der Liegenschaft ... [Adresse], unverzüglich zu räumen und ordentlich zurückzugeben.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegner."

**Verfügung des Bezirksgerichts:**

(act. 35 = act. 38)

1. Auf das Gesuch vom 19. Oktober 2020 wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'800.– wird der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin 2 eine Parteient-schädigung von Fr. 3'200.– zu bezahlen.
- 4./5. (Mitteilungssatz/Rechtsmittelbelehrung)

**Berufungsanträge:**

(act. 39 S. 2)

"Es sei unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides den Beru-fungsklagten unter Androhung des Zwangsvollzuges im Unterlas-sungsfalle zu befehlen, die derzeit unter dem Namen "D. \_\_\_\_\_" betrie-benen Räumlichkeiten (ca. 57 m<sup>2</sup> im 1. UG, ca. 57 m<sup>2</sup> im EG und ca. 134 m<sup>2</sup> im 1. OG) in der Liegenschaft ... [Adresse], unverzüglich zu räumen und ordentlich zurückzugeben.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegner."

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchstellerin bzw. Berufungsklägerin (nachfolgend: Vermieterin) vermietet ein Geschäftslokal an der ... [Adresse]. Darin wird eine Bar bzw. der Club "D. \_\_\_\_\_" betrieben. Das Lokal wurde der Gesuchsgegnerin 1 bzw. Berufungsbeklagten 1 (nachfolgend: Untervermieterin) miethalber überlassen, welche es später an die Gesuchsgegnerin 2 bzw. Berufungsbeklagte 2 (nachfolgend: Untermieterin) untervermietete. Nach unterbliebenen Mietzinszahlungen und einer Mahnung unter Kündigungsandrohung, kündigte die Vermieterin das Hauptmietverhältnis ausserordentlich. Das Geschäftslokal wurde zum Kündigungstermin nicht zurückgegeben, weswegen die Vermieterin mit einem Ausweisungsbegehren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) gegen die Untervermieterin und die Untermieterin an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) gelangte.

1.2. Das Ausweisungsbegehren erfolgte mit den eingangs dargestellten Rechtsbegehren mit Gesuch vom 19. Oktober 2020 (act. 1). Mit Verfügung vom 5. November 2020 (act. 14) setzte die Vorinstanz der Untervermieterin und der Untermieterin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch. Innert erstreckter Frist nahm die Untermieterin mit Eingabe vom 24. November 2020 (act. 19) Stellung. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 26. Januar 2021 (act. 23) der Vermieterin Frist zu einer allfälligen Äusserung. Innert erstreckter Frist reichte die Vermieterin die Äusserung vom 10. Februar 2021 (act. 27) ein. Am 9. März 2021 reichte die Untermieterin sodann eine Novenstellungnahme ein (act. 30). Mit Kurzbrief vom 11. März 2021 (act. 32/1) wurde diese der Vermieterin zur Kenntnis gebracht. Mit Verfügung vom 9. April 2021 (act. 35) trat die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren nicht ein.

1.3. Dagegen erhob die Vermieterin mit Berufungsschrift vom 19. April 2021 (act. 39) fristgerecht (vgl. act. 36a) Berufung mit den eingangs dargestellten Anträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–36c).

## 2. Prozessuales

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Der Streitwert ist vorliegend vor dem Hintergrund des monatlichen Mietzinses von Fr. 15'000.– ohne Weiteres erreicht (vgl. act. 1 Rz. 5, act. 4/4 S. 2; OGer, PF140002 vom 21. Februar 2014, E. 6 ).

2.2. Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und einlässlich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt hat. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1).

2.3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können.

## 3. Vorinstanzliche Parteistandpunkte und Entscheid der Vorinstanz

3.1. Die Vermieterin trug der Vorinstanz vor, sie sei Eigentümerin der Geschäftsliegenschaft an der ... [Adresse]. Das Eigentum sei nach dem Hinschied von E. \_\_\_\_\_ auf sie übergegangen (act.1 Rz. 2). Zwischen ihr und der Untervermieterin sei am 30. September 2016 ein Mietvertrag (act. 4/4) über die streitgegenständliche Liegenschaft (mit Flächen im UG, EG und 1. OG) geschlossen worden (act. 1 Rz. 6). Zunächst sei das Mietobjekt von der Untervermieterin selber genutzt worden, wobei diese nach sechs Monaten habe einsehen müssen, dass ihr spezifisches Knowhow unzureichend gewesen sei (act. 1 Rz. 7). Mit (stillschweigender) Zustimmung der Liegenschaftsverwaltung sei es daher möbliert untervermietet worden – zunächst an zwei andere Personen, später mit Un-

termietverträgen vom 7. Januar 2019 (act. 4/9) und vom 28. Juni 2019 (act. 4/10) mit Beginn ab 1. Februar 2019 (Objekt ohne Küche) bzw. ab 1. Juli 2019 (Objekt mit Küche) an die Untermieterin (act. 1 Rz. 8). Weil Letztere den Mietzins weder pünktlich noch vollständig bezahlt habe, sei die Untervermieterin mit der Bezahlung des Hauptmietzinses in Verzug geraten. Mit Schreiben vom 13. Juli 2020 (act. 4/11) sei die Untervermieterin deswegen unter Kündigungsandrohung abgemahnt worden (act. 1 Rz. 9). Nach unterbliebener Begleichung des Ausstandes sei der Untervermieterin mit Formular vom 21. August 2020 (act. 4/14), welches am 24. August 2020 zugestellt worden sei, per 30. September 2020 wegen Zahlungsrückstandes gekündigt worden. Mit E-Mail vom 10. September 2020 (act. 4/17) sei die Untermieterin über die Kündigung in Kenntnis gesetzt worden (act. 1 Rz. 10). Die Untervermieterin habe der Untermieterin wiederum per 31. August 2020 infolge Zahlungsrückstandes gekündigt. Die Untermieterin mache aber keine Anstalten, das Mietobjekt zurückzugeben (act. 1 Rz. 11).

Es lägen somit klare tatsächliche und rechtliche Verhältnisse vor, weswegen das Gesuch um Ausweisung gutzuheissen sei (act. 2 Rz. 15).

3.2. Die Untermieterin schloss vorinstanzlich auf einen Nichteintretensentscheid. Zusammengefasst – und soweit entscheidrelevant – setzte sie der Vermieterin Folgendes entgegen:

Das (Haupt-)Mietverhältnis zwischen der Vermieterin und der Untervermieterin bestehe nach vor. Es sei – in missbräuchlicher Weise – nur scheinbar sowie lediglich nach aussen hin gekündigt worden (act. 19 Rz. 7). Zur Begründung wies sie zunächst darauf hin, dass die Vermieterin die Mutter von F.\_\_\_\_\_ sei, welcher als Verwaltungsratspräsident der Untervermieterin agiere. Die Vermieterin sei zuvor – gemäss einer SHAB-Publikation vom tt.mm.2016 – selber Mitglied des Verwaltungsrates der Untervermieterin gewesen (act. 19 Rz. 7.1). Zudem seien die Vermieterin und F.\_\_\_\_\_ heute beide Verwaltungsratsmitglieder der G.\_\_\_\_\_ AG, welche über die gleiche Domiziladresse wie die Untervermieterin verfüge (act. 19 Rz. 7.2). Die persönlichen Verflechtungen zwischen der Vermieterin und F.\_\_\_\_\_ seien offensichtlich. Die bloss zum Schein erfolgte Kündigung ergebe sich ferner aus einer mündlichen Aussage von F.\_\_\_\_\_ und eines Herren H.\_\_\_\_\_, welcher

als Verwalter für die Untervermieterin tätig sei, gegenüber dreier Mitarbeiter der Untermieterin, wonach das "D.\_\_\_\_\_" in Zukunft wieder durch die Untervermieterin betrieben werde. Den Mitarbeitern sei überdies eine Weiterbeschäftigung im "D.\_\_\_\_\_" für die Untervermieterin nach dem Weggang der Untermieterin angeboten worden (act. 19 Rz. 7.4). Die Untermieterin legt hierzu drei E-Mails der betreffenden Mitarbeiter ins Recht (act. 22/4–6). Sodann habe die Untermieterin mittlerweile ein Mietschlichtungsverfahren gegen die Vermieterin anhängig gemacht (act. 19 Rz. 7.5). Des Weiteren stellte die Untermieterin in Abrede, dass sie mit der Zahlung von Mietzinsen in Verzug geraten sei. Sie habe die Mietzinsforderungen betreffend die Monate Dezember 2019 bis Juni 2020 mit Forderungen aus nichtigen Schlüsselgeldzahlungen verrechnet (act. 19 Rz. 10.1).

3.3. Ein vertragliches "Zwischenschalten" der Untervermieterin, um die Untermieterin ihrer Kündigungsschutzrechte zu berauben, stellt die Vermieterin in Abrede. Die Untervermieterin habe das Mietobjekt vor der Überlassung an die Untermieterin unbestrittenermassen selber genutzt (act. 27 Rz. 3). Der Inhalt der E-Mails der drei Mitarbeiter sei unzutreffend. Offensichtlich seien sie zu Prozesszwecken fabriziert worden – sie wiesen den identischen Wortlaut auf und seien offensichtlich einheitlich aufgesetzt worden, weswegen sie nicht einmal als Einwendungen Aussagekraft beanspruchen könnten (act. 27 Rz. 5). Was den Vorwurf der Verflechtungen bzw. Beziehungen zwischen der Vermieterin und F.\_\_\_\_\_, angehe, so ziehe die Untermieterin falsche und irrelevante Schlüsse in Bezug auf eine (angebliche) Missbräuchlichkeit der Kündigung. Die Vermieterin sei die Mutter, der verstorbene E.\_\_\_\_\_, der Vater von F.\_\_\_\_\_. Bei der G.\_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine Gesellschaft mit dem Zweck der Führung eines Verlages von Druckerzeugnissen. Die Untervermieterin wiederum bezwecke die Führung von Restaurants, Bar- und Kioskbetrieben. Nichts sei naheliegender gewesen, als die streitgegenständliche Liegenschaft nach dem Erwerb durch E.\_\_\_\_\_ an die Untervermieterin zu vermieten (act. 27 Rz. 8). Dass die Untervermieterin mit der eigenen Führung des "D.\_\_\_\_\_" und der Untervermietung kein Glück gehabt habe, sei im vorliegenden Verfahren nicht von Belang. In Anbetracht der ausgebliebenen Mietzinszahlungen sei die Vermieterin veranlasst gewesen, das Mietverhältnis zu kündigen, um über das Mietobjekt anderweitig zu verfügen. Aus rechtlichen

Gründen richte sich das Ausweisungsbegehren auch gegen die Untermieterin (act. 27 Rz. 9).

3.4. Nach Darstellung der Parteivorbringen, des unbestrittenen Sachverhaltes und rechtlicher Grundlagen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zu Art. 273b Abs. 2 OR – auf welche zurückzukommen sein wird (vgl. E. 5.2 ff.) – erwog die Vorinstanz, dass die persönlichen Verflechtungen zwischen der Vermieterin und der Untervermieterin nicht von der Hand zu weisen seien und von Ersterer bestätigt würden. Die Vermieterin habe ferner eingeräumt, dass die Untermieterin eine Feststellungs- bzw. Kündigungsanfechtungsklage gegen sie anhängig gemacht habe. Sodann vermöge sie die Vorbringen der Untermieterin nicht zu entkräften, indem sie ausführe, das Ausmass der Mietzinsschulden der Untermieterin sei vorliegend irrelevant, wenn sie zugleich als Kündigungsgrund die weder pünktliche noch vollständige Bezahlung der Mietzinse durch die Untermieterin an die Untervermieterin anführe. Es überzeuge sodann nicht, dass die Vermieterin als Kündigungsgrund das fehlende Glück der Untervermieterin mit der Führung des "D. \_\_\_\_\_" und der darauf folgenden Untervermietung angebe. Eine Abwägung der genannten Interessen führe im Lichte von Art. 273b OR zu keinem eindeutigen Ergebnis zugunsten der Vermieterin, weshalb kein klares Recht vorliege. Daher sei auf das Gesuch nicht einzutreten. Es könne bei diesem Resultat offengelassen werden, ob ein klarer Sachverhalt vorliege. Daher müsse nicht auf die Glaubwürdigkeit der eingereichten E-Mails eingegangen werden.

#### 4. Berufungsvorbringen der Vermieterin

4.1. Die Vermieterin beanstandet in ihrer Berufungsschrift (act. 39) sowohl eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes als auch eine unrichtige Rechtsanwendung.

4.2. Das Argument der Untermieterin, wonach gemäss Art. 273b Abs. 2 OR von einem Hauptmietverhältnis zwischen ihr und der Vermieterin auszugehen sei, erweise sich als unzutreffend. Es hätten vorliegend plausible Gründe für den Abschluss des Hauptmietverhältnisses mit der Untervermieterin bestanden, habe die Untervermieterin das Mietobjekt doch unbestrittenermassen zunächst selber ge-

nutzt und erst später untervermietet, als sie eingesehen habe, dass ihr das branchenspezifische Knowhow gefehlt habe. Die Vorinstanz habe daher zu Unrecht auf das Fehlen klarer Rechtsverhältnisse geschlossen. Auch im Lichte der persönlichen Verflechtungen zwischen der Vermieterin und F.\_\_\_\_\_ seien die Einwendungen der Untermieterin haltlos (act. 39 Rz. 6 ff.).

4.3. Unrichtig sei die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, insoweit diese anführe, die Vermieterin habe als Kündigungsgrund angegeben, dass weder die vorausgegangenen Untermieter noch die Untermieterin den Mietzins pünktlich oder vollständig bezahlt hätten. Ebenso wenig liege der Kündigungsgrund darin, dass die Untervermieterin kein Glück mit der eigenen Führung des Clubs "D.\_\_\_\_\_" und der Untervermietung gehabt habe. Solches sei von ihr nicht – auch nicht sinngemäss – geltend gemacht worden. Sie habe gegenüber der Untervermieterin als Kündigungsgrund deren Zahlungsverzug angegeben und das so begründete Kündigungsformular ins Recht gelegt. Eine Bestreitung dieses Kündigungsgrundes sei nicht erfolgt (act. 39 Rz. 10 ff.).

## 5. Würdigung

5.1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen zutreffend dargestellt. Zur besseren Verständlichkeit rechtfertigt es sich, diese in der gebotenen Kürze in Erinnerung zu rufen.

5.2. Der im summarischen Verfahren erteilte Rechtsschutz in klaren Fällen setzt voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO), d.h. mit anderen Worten, dass sog. liquide Verhältnisse vorliegen. Fehlt eine der genannten Voraussetzungen, ist auf das Begehren nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

5.3. Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen, während die Zulässigkeit anderer Beweismittel höchstens ausnahmsweise in Betracht kommt, sofern diese sofort greifbar sind bzw. das Verfahren nicht

wesentlich verzögern (vgl. BGE 138 III 123 E. 2.1.1; BGE 138 III 620 E. 5.1.1; BGE 141 III 23 E. 3.2 je m.w.H.; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, ZK-ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 257 N 5; HOFMANN, BSK-ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 257 N 10b und N 13; SPICHTIN, Der Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO, in: Jusletter vom 15. August 2016, Rz. 12 f. m.w.H.). Für die Verneinung eines liquiden Sachverhalts genügt es, dass der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Es bedarf keiner Glaubhaftmachung der Einwendungen seitens des Beklagten. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch des Klägers sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagtischen Einwendungen könne daran nichts ändern. Offensichtlich haltlose oder unbegründete Bestreitungen bzw. Einwendungen – sog. Schutzbehauptungen – reichen nicht aus, um einen an sich bewiesenen Sachverhalt als illiquid erscheinen zu lassen (vgl. BGE 138 III 620 E. 5.1.1; BGer, 4A\_401/2020 vom 30. September 2020, E. 7.1; BGer, 5A\_645/2011 vom 17. November 2011, E. 1.2).

5.4. Die Rechtslage ist klar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO, wenn sich die Rechtsfolge bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123 E. 2.1.2; BGE 141 III 23 E. 3.2; BGer, 4A\_350/2015 vom 25. August 2015, E. 4.2; BGer, 4A\_609/2020 vom 26. März 2021 E. 4; OGer, LF200087 vom 6. Januar 2021, E. III.1). Etwas anderes ist nur dann denkbar, wenn die Interessenabwägung im Einzelfall zu einem klaren Resultat führt. Liegen jedoch gute Argumente für beide Richtungen vor, muss sich das Gericht mangels klaren Rechts für unzuständig erklären (OGer, LF190035 vom 12. August 2019, E. 4.4.3; OGer, LF150062 vom 18. Dezember 2015, E. 2.5, m.w.H.).

5.5. Zutreffend hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass dem Untermieter dann ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt wird, wenn die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt (Art. 273b Abs. 2 Satz 1 OR). Ist dies der Fall, so tritt der Vermieter, der das Hauptmietverhältnis gekündigt hat, von Gesetzes wegen an Stelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein (Art. 273b Abs. 2 Satz 2 OR).

5.6. Ebenfalls richtig sind die Ausführungen der Vorinstanz, wonach der Begriff der Umgehung nicht gesetzlich definiert wird. Eine solche ist in einer besonderen Konstruktion und/oder Vereinbarung zwischen dem Hauptvermieter und dem Untervermieter zu sehen, mit welcher die Kündigungsschutzbestimmungen bewusst ausgeschlossen werden sollen (vgl. BGer, 4C.116/2003 vom 16. Oktober 2003, E. 2.1). Ob eine Umgehungsabsicht gegeben ist, ist aufgrund verschiedener Indizien (Interesse an der Überlassung des Mietobjektes, Beziehung zwischen Haupt- und Untervermieter, Zeitpunkt der Vereinbarung bzw. Konstruktion etc.) zu eruieren (vgl. POLVIKA, SVIT Kommentar Mietrecht, 4. Aufl., Zürich 2018, Art. 273b N 11 ff.). Die Lehre begegnet der Unbestimmtheit des Umgehungsbegriffes teils mit der Bildung von exemplarischen Fallgruppen. So wird beispielsweise der Abschluss des Hauptmietvertrages mit einer dem Vermieter nahestehenden bzw. gefügigen Person oder Gesellschaft erwähnt (vgl. POLVIKA, a.a.O., Art. 273b N 11; ZK-HIGI, Art. 271-274g OR, 4. Aufl., Zürich 1996, Art. 273b N 42). Auch in einer solchen Konstellation können plausible und sachliche Gründe für das Hauptmietverhältnis gesprochen haben, welche eine Umgehung ausschliessen. Massgeblich sind die Besonderheiten des Einzelfalles in ihrer Gesamtheit. Von Bedeutung ist weiter, dass in der Praxis ungeklärt ist (vgl. BGer, 4C.300/2000 vom 29. März 2001, E. 3) und in der Lehre kontrovers diskutiert wird, ob auch eine erst nach Abschluss des Hauptmietvertrages erfolgte Abrede in den Anwendungsbereich von Art. 273b Abs. 2 OR fallen kann (dafür: HULLIGER/HEINRICH, CHK-Art. 184 - 318 OR, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 273a-c N 5; HIGI, a.a.O., Art. 273b N 42; kritisch: POLVIKA, a.a.O., Art. 273b N 14). Gewisse Autoren postulieren in derartigen Konstellationen einen Rückgriff auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot

gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. WEBER, BSK-OR I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 273b N 2).

5.7. Eine Ausweisung im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen kann nach Praxis der Kammer zulässig sein, auch wenn sich die angesprochene Partei auf Art. 273b Abs. 2 OR beruft, sofern keinerlei Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit der Norm auszumachen sind, weshalb weder eine Wertung noch eine Interessenabwägung vorzunehmen war und damit klares Recht vorlag (vgl. OGer, LF190035 vom 12. August 2019, E. 4.4.4).

5.8. Die Vorinstanz schloss auf der Grundlage der unstrittigen Tatsachen – im Resultat – zu Recht auf eine unklare Rechtslage.

Beizupflichten ist der Vorderrichterin darin, dass ein evidentes Näheverhältnis zwischen der Vermieterin und der Untermieterin besteht. Besonders ist dieses insofern, als dass es sowohl verwandtschaftlich als auch wirtschaftlich begründet ist. Denn die Vermieterin ist die Mutter von F.\_\_\_\_\_, welcher noch bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz als eines der beiden Verwaltungsratsmitglieder der Untervermieterin amtierte. Bis kurz vor der ersten Untervermietung des Mietobjekts im Frühling 2017 an eine Drittperson nahm die Vermieterin ihrerseits – neben ihrem Sohn – im Verwaltungsrat der Untervermieterin Einsitz. Die Vermieterin und F.\_\_\_\_\_ bilden zudem zu zweit den Verwaltungsrat der G.\_\_\_\_\_ AG.

Diese engen Verflechtungen bilden Indizien, welche im Rahmen der Anwendung von Art. 273b Abs. 2 OR zu würdigen sind. Zwar mögen sie isoliert betrachtet nicht derart durchschlagend sein, dass eine Umgehungshandlung ohne Weiteres zu bejahen ist. Darauf kommt es angesichts der Besonderheiten des Rechtsschutzes in klaren Fällen aber auch nicht an. Es muss genügen, dass in ihnen ein Anhaltspunkt zu sehen ist, welcher den Sachverhalt in den potentiellen Anwendungsbereich von Art. 273b Abs. 2 OR rückt. Darin liegt auch der Unterschied zur vorstehend erwähnten Praxis der Kammer. Im dortigen Fall war – anders als hier – der Tatbestand von Art. 273b Abs. 2 OR mangels jeglicher vorgebrachter Anhaltspunkte klarerweise nicht erfüllt.

Dies kann zu der heute zu beurteilenden Sache nicht gesagt werden. Eine allseitige Würdigung der Umstände und Indizien, welche für oder gegen eine Umgehungshandlung sprechen, erscheint unumgänglich, so also beispielsweise, ob die Tatsache der anfänglich eigenen Nutzung des Mietobjekts durch die Untervermieterin als gegenläufiges Indiz der Vermieterin zum Vorteil gereicht. Auch die Gründe für den Zahlungsverzug der Untermieterin – diese liegt mit der Untervermieterin darüber im Streit, ob eine Verrechnung der Mietzinsforderungen mit Ansprüchen aus angeblich nichtigen Schlüsselgeldzahlungen wirksam war und sie ihre Mietschulden getilgt hat – können nicht kategorisch ausgeblendet werden. Schliesslich könnte sich die in der Praxis noch ungeklärte Kontroverse, ob eine erst nach Abschluss des Hauptmietvertrages erfolgte Abrede unter Art. 273b Abs. 2 OR fallen kann, womöglich als entscheiderelevant erweisen.

Angesichts der erforderlichen Würdigung der Gesamtumstände und der Notwendigkeit einer umfassenden Interessenabwägung kann vorliegend nicht mehr von klarem Recht gesprochen werden. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz ist mithin nicht zu kritisieren und die Berufung abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss wird die Vermieterin kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 90'000.– (sechs Monatsmieten à Fr. 15'000.–; vgl. OGer, PF140002 vom 21. Februar 2014, E. 6) ist die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'800.– festzusetzen.

6.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Vermieterin ausgangsgemäss nicht, der Untervermieterin und der Untermieterin nicht, weil ihnen keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 9. April 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'800.– festgesetzt und der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten unter Beilage jeweils eines Doppels von act. 39, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 Fr. 90'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: