

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF200048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Katzestein sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

Urteil vom 15. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

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

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Februar 2020 (ER200005)

Rechtsbegehren:

(act. 27 S. 1 f.)

1. Der Gesuchsgegner sei zu verurteilen, das von ihm auf der Liegenschaft C. _____-weg ..., ... Zürich, besetzte Familienhaus mit Garten zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss (d.h. besenrein und in komplett geräumtem Zustand mit allen Schlüsseln) zu übergeben.
2. Dem Gesuchsgegner sei bei Widerhandlung gegen das Rechtsbegehren Ziffer 1 Strafe nach Art. 292 StGB anzudrohen.
3. Das zuständige Stadtammannamt Zürich 9 (Hohlstrasse 550, 8048 Zürich) sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und 7.7% MWST zu Lasten des Gesuchsgegners.

Urteil Vorinstanz:

(act. 27 S. 11 f.)

1. Der Gesuchsgegner wird verurteilt, das von ihm besetzte Familienhaus mit Garten am C. _____-weg ... in ... Zürich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss (das heisst besenrein und in komplett geräumtem Zustand mit allen Schlüsseln) zu übergeben.
2. Das Rechtsbegehren Ziffer 2 wird abgewiesen.
3. Das Stadtammannamt Zürich 9 wird angewiesen, Dispositiv-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 vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
4. Die Entscheidgebühr von Fr. 800.– wird dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.
- 6./7. [Mitteilung, Rechtsmittelbelehrung]

Rechtsmittelanträge:

(act. 28 S. 2)

Berufungsanträge:

1. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz Zürich vom 27. Februar 2020 (ER200005) sei aufzuheben.
2. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten sei nicht einzutreten;
eventualiter sei die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten.

Beschwerdeanträge (eventualiter):

1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZPO zu erteilen.
2. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz Zürich vom 27. Februar 2020 (ER200005) sei aufzuheben.
3. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin sei nicht einzutreten;
eventualiter sei die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin.

Erwägungen:

1. **Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte**

1.1. Der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer bewohnt ein Reihen-Einfamilienhaus in Zürich. Dieses gehörte zunächst D._____ und E._____. Mit D._____ schloss der Gesuchsgegner am 10./19. August 2019 einen "Gebrauchsleihe-Vertrag" (act. 3/3) über dieses Haus. Mit Kaufvertrag vom 19. November 2019 (act. 3/2) wurde die Liegenschaft an die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin verkauft. In diesem Kaufvertrag hielten dessen Parteien fest, dass der genannte "Gebrauchsleihe-Vertrag" bestehe und dass er gemäss Art. 261 Abs. 1 OR auf die Gesuchstellerin übergehe (act. 3/2 S. 5 Ziff. 8).

1.2. Mit als "Kündigung" bezeichnetem Schreiben vom 30. November 2019 (act. 3/7) teilte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit, sie kündige die Gebrauchsleihe und er habe das Haus am 23. Dezember 2019 zu verlassen. Mit

Schreiben vom 30. Dezember 2019 (act. 3/14) kündigte sie den "Gebrauchslleihe-Vertrag" sodann ausserordentlich per sofort. Die Gesuchstellerin stellt sich deshalb auf den Standpunkt, der Gesuchsgegner verweile ohne Rechtstitel in ihrem Haus.

1.3. Sie beantragte deshalb dem Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, den Gesuchsgegner aus ihrem Haus auszuweisen, unter Androhung von Vollstreckungsmassnahmen (act. 1 S. 2).

1.4. Das Einzelgericht hiess das Gesuch gut, verpflichtete den Gesuchsgegner mit Urteil vom 27. Februar 2020 (act. 17 = 27 = 29) antragsgemäss das Haus zu räumen und drohte die Räumung des Hauses an. Gegen dieses Urteil erhebt der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 14. April 2020 (Dienstag nach Ostern) fristgerecht (Art. 314 Abs. 1, 321 Abs. 2 ZPO; act. 18c, 19) ein Rechtsmittel an die Kammer.

1.5. Das Einzelgericht belehrte als Rechtsmittel die Beschwerde (act. 27 S. 12 Dispositiv-Ziffer 7). Der Gesuchsgegner macht in seiner Rechtsmitteleingabe geltend, es stehe die Berufung zur Verfügung, beantragte aber für den Fall, dass ihm lediglich eine Beschwerde zur Verfügung stünde, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Es kann hierzu auf die Erwägungen in der Verfügung vom 15. April 2020 (act. 32) verwiesen werden. Abschliessend muss die Frage aber hier nicht geklärt werden: Dem Rechtsmittel wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 32; vgl. auch nachfolgend Erw. 1.6; vgl. Art. 315 Abs. 1 bzw. 325 ZPO). Die Beanstandungen des Gesuchsgegners sind unbegründet, weshalb es auf ihre novenrechtliche Zulässigkeit (Art. 317 bzw. 326 ZPO) nicht ankommt.

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–25). Der einverlangte Vorschuss (act. 32) ist eingegangen (vgl. act. 41). Mit Verfügung vom 15. April 2020 (act. 32) wurde wie erwähnt der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Gesuchstellerin eine Frist angesetzt, zum entsprechenden Antrag Stellung zu nehmen. Das tat sie mit Eingabe vom 22. April 2020 (act. 37, 39). Da die Beschwerde ohne Weiterungen in der Sache (Art. 312 bzw. 322 ZPO)

abzuweisen ist, erübrigt sich ein "abschliessender" Entscheid über die aufschiebende Wirkung. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Rechtliche Ausgangslage: Art. 257 Abs. 1 ZPO und relevante Streitpunkte

2.1. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 Abs. 1 ZPO) ist zu gewähren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und die Rechtslage klar ist.

2.2. Der Gesuchsgegner ist implizit der Auffassung, vorliegend sei der Rechtsschutz in klaren Fällen zu versagen, da weder der Sachverhalt unbestritten noch die Rechtslage klar sei. Der Streit dreht sich hier zunächst um die Frage, wie der zwischen den Parteien vereinbarte als "Gebrauchslleihe-Vertrag" bezeichnete Vertrag zu qualifizieren ist, konkret ob es sich um eine Gebrauchslleihe oder einen Mietvertrag handelt. Während die Gesuchstellerin von einer Gebrauchslleihe ausgeht, macht der Gesuchsgegner geltend, es handle sich um eine Miete. Weiter, falls der Vertrag als Gebrauchslleihe zu qualifizieren ist, ob dieser Vertrag wirksam gekündigt wurde.

2.3. Das Rechtsmittelverfahren ist nicht einfach die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens. Vielmehr ist Grundlage des zweitinstanzlichen Verfahrens und Entscheids der Entscheid der ersten Instanz. Mit diesem hat sich der Rechtsmittelführende auseinanderzusetzen. Die Rechtsmittelinstanz hat deshalb zu prüfen, ob die Erwägungen des Einzelgerichts auch angesichts allfälliger Beanstandungen des Rechtsmittelführers rechtens sind.

2.4. Das Einzelgericht wies zunächst zutreffend auf die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO hin (act. 27 S. 5 f. Erw. 3). Diese Erwägungen sind nicht beanstandet.

3. Zum Vertrag zwischen den Parteien

3.1. Zunächst ist zu prüfen, ob das Einzelgericht zu Recht erwog, zwischen den Parteien habe ein Gebrauchslleihe-Vertrag (und nicht ein Mietvertrag) bestanden (nach Ansicht des Gesuchsgegners besteht dieser Vertrag zudem weiterhin; dazu nachfolgend Erw. 4).

3.2. Vertrag

Das Einzelgericht verwies zunächst auf den Wortlaut des Vertrages, der (immerhin) als Indiz diene (act. 27 S. 7 Erw. 4.2; vgl. Müller, Berner Kommentar Art. 1–18 OR, 2018, Art. 18 N 132 ff., der den Wortlaut als "Auslegungsmittel" [Titel zu N 128 ff.] bezeichnet). Diese Erwägungen stellt der Gesuchsgegner nicht infrage, vielmehr führt er selbst aus, der Vertrag sei als Gebrauchsleihe bezeichnet worden (act. 28 S. 19 Rz. 12). Abgesehen von den vom Einzelgericht erwähnten Indizien lautet auch Ziffer 1 (S. 1) des Vertrages "Gebrauchsleihe". Dieser Begriff kommt sodann zweimal vor und es ist weiter von einem "unentgeltlichen Gebrauch" die Rede. Auch sonst kommt im Text des Vertrages mehrmals der Begriff "Gebrauchsleihe" (act. 3/3 S. 2 Ziff. 2.2 Ingress, S. 3 Ziff. 4 Abs. 2, Ziff. 6 Abs. 1 und 2) oder "Gebrauchsleihevertrag" (act. 3/3 S. 2 Ziff. 2.1) vor. Sodann ist keine Miete geschuldet und die Überlassung der Liegenschaft erfolgt unentgeltlich (act. 3/3 S. 3 Ziff. 3 am Ende), und es ist die Rede von "gebrauchen" (act. 3/3 S. 3 Ziff. 4 Abs. 1). Sodann ist die Regelung über die "[f]rühere Rückforderung" (act. 3/3 S. 2 Ziff. 2.3) mehr oder weniger wörtlich die Wiedergabe von Art. 309 Abs. 2 OR, was erneut klarstellt, dass die Parteien eine Gebrauchsleihe vereinbarten.

3.3. Monatliche Zahlung

3.3.1. Weiter erwog das Einzelgericht, der Vertrag sei auch nicht deshalb als Miete zu qualifizieren, weil der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin monatlich Fr. 200.– bezahlte (act. 27 S. 7 f. Erw. 4.2). Es ergebe sich vielmehr bereits aus dem Vertrag, dass der Gesuchsgegner die Kosten des gewöhnlichen Unterhalts und aus dem Gebrauch der Liegenschaft zu bezahlen habe, was auch der gesetzlichen Regelung (Art. 307 Abs. 1 OR) entspreche. Es sei notorisch, dass die Kosten für ein Einfamilienhaus mit Umschwung in der Stadt Zürich Fr. 200.– überstiegen.

3.3.2. Der Gesuchsgegner macht dagegen geltend, er habe die Nebenkosten bereits direkt bezahlt, wenn der frühere Eigentümer ihm die jeweiligen Rechnungen zugestellt habe (act. 28 S. 11 Rz. 15, S. 14 Rz. 30). Deshalb müsse die Bezahlung von Fr. 200.– pro Monat ein Entgelt für die Überlassung, also ein Mietzins

sein, weshalb nicht eine Gebrauchsleihe, sondern eine Miete vorliege (act. 28 S. 16 f. Rz. 41).

3.3.3. In theoretischer Hinsicht erwog das Einzelgericht in diesem Zusammenhang, Unentgeltlichkeit als notwendiges Merkmal einer Gebrauchsleihe schliesse nicht aus, dass der Entlehner Unterhalts- und sonstige Lasten übernehme (act. 27 S. 6 Erw. 4.1). Bezogen auf den Fall führte die Vorinstanz zutreffend aus, die Auslagen für Strom und Wasser sowie die Radio- und Fernsehgebühren stellten Nebenkosten dar, welche gemäss Vertragsziffer 3 Abs. 1 von den Benutzer/innen zu tragen seien (act, 29 S. 7). Das wurde an sich nicht angefochten und es ist auch zutreffend. Es erachtete es weiter als notorisch, dass die Nebenkosten eines Hauses mit Umschwung in der Stadt Zürich mehr als Fr. 200.– pro Monat betragen.

Der Gesuchsgegner bringt vor, es ergäbe sich aus dem Vertrag nicht, dass die vereinbarte Zahlung von monatlich Fr. 200.– als Teilzahlung oder als Akontozahlung für Unterhalts- oder Gebrauchskosten der Liegenschaft gedacht gewesen sei. Es sei willkürlich anzunehmen, diese Fr. 200.– stellten keine Entgeltlichkeit für die Überlassung der Liegenschaft dar (act. 28 S. 11/12 Rz. 19/20).

Zunächst ist festzuhalten, dass der Vertrag selber in seiner Ziffer 3 keinen Betrag für Nebenkosten nennt, der von den Benutzerinnen zu übernehmen ist; das betreffende Feld ist offen gelassen worden (act. 3/2). Eine schriftliche Vereinbarung über einen konkreten Betrag, den die Benutzerinnen für die Kosten und den Unterhalt aus dem Gebrauch der Liegenschaft zu entrichten haben, wurde nicht getroffen. Unbestritten ist indes, dass der Gesuchsgegner Fr. 200.– pro Monat bezahlt hat. Hätte dieser Betrag ein Entgelt für eine Miete darstellen sollen, hätte hierüber zwischen den Parteien zu einem späteren Zeitpunkt eine Vereinbarung getroffen werden müssen. Dies hat die Vorinstanz zu Recht erkannt (act. 29 S. 8). Ebenso hat sie korrekt festgehalten, es lägen dafür keine Anhaltspunkte vor (a.a.O.). Dies wird vom Gesuchsgegner nicht in Abrede gestellt; auch bringt er keinerlei Behauptungen für eine derartige Vorgehensweise der Parteien vor. Mit seiner in der Beschwerdebegründung vorgebrachten Behauptung, er habe "auch sämtliche unmittelbaren Gebrauchskosten und die Kosten für die Erhaltung der

Sache, soweit dafür ihm oder Herrn D. _____ Rechnung gestellt wurde", bezahlt (act. 28 S. 10 f. Rz. 14), vermag er nicht darzutun, zwischen ihm und dem Rechtsvorgänger der Gesuchstellerin sei zu einem späteren (nicht genannten) Zeitpunkt ein neuer Vertrag geschlossen worden, der ein Entgelt für den Gebrauch der Liegenschaft beinhaltet habe.

3.3.4. Auch wenn die letztere Behauptung zutreffen sollte, vermag sie die Erwägung des Einzelgerichts, der Gesuchsgegner habe nicht mehr als die angefallenen Kosten getragen, nicht zu entkräften. Denn zunächst kommt es angesichts der klaren vertraglichen Vereinbarung der Parteien nicht darauf an, welche Kosten im Einzelnen der Gesuchsgegner zahlte und wie hoch diese waren, denn so oder anders waren diese als pauschale Kostenbeteiligung *vereinbart*. Aufgrund der allgemein gehaltenen Ausführungen des Gesuchsgegners lässt sich auch nicht überprüfen, ob die von ihm bezahlten Kosten möglicherweise so klar die anfallenden Nebenkosten überstiegen, dass trotz der vertraglichen Vereinbarung nicht mehr von einer Kostenübernahme gesprochen werden könnte, sondern in der Tat von einem Entgelt für die Überlassung ausgegangen werden müsste (vgl. Art. 18 OR).

3.3.5. Weiter beanstandet der Gesuchsgegner, die vom Einzelgericht beispielhaft aufgezählten Kosten (Versicherungsprämien, Abfallgebühren, Steuern; act. 27 S. 7 unten) betrügen zusammen erheblich weniger als Fr. 2'400.– pro Jahr (act. 28 S. 14 ff. Rz. 33 ff.). Darauf kommt es aber nicht an, denn die Aufzählung ist lediglich beispielhaft. Deshalb spielt es auch keine Rolle, ob genau diese Kosten überhaupt als Kosten für den Erhalt der Sache (Art. 307 Abs. 1 OR) in Rechnung gestellt werden durften (so aber act. 28 S. 14 Rz. 33).

3.4. Zwischenergebnis

Das Einzelgericht erwog deshalb zu Recht, der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag sei (auch angesichts der vom Gesuchsgegner erbrachten Zahlung von Fr. 200.– pro Monat) klarerweise nicht als Miete, sondern als Gebrauchsleihe zu qualifizieren (act. 27 S. 8 Erw. 4.2 am Ende).

3.5. Wirklicher Parteiwille

Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, er habe mit dem früheren Eigentümer der Liegenschaft vereinbart, dass er Fr. 200.– für die Überlassung der Sache zahle (act. 28 S. 10 Rz. 13, S. 12 Rz. 20, 22). Zwar kommt es nach Art. 18 Abs. 1 OR auch (und zunächst) auf den wirklichen Willen der Parteien an. Diese Behauptung des Gesuchsgegners ist sehr allgemein gehalten und enthält keinerlei konkrete oder detaillierte inhaltliche Beschreibung der angeblich mündlich getroffenen Vereinbarung und steht in klarem Widerspruch zum schriftlichen Vertrag. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte – weder im Vertrag noch in irgendeinem sonstigen Beleg –, der auf eine solche Vereinbarung hinweisen würde. Diese Behauptung erscheint als nachträgliche Konstruktion, um den schriftlichen Vertrag zu Fall zu bringen; sie vermag die objektivierte Auslegung und die darauf basierende Qualifikation des Vertrages, wie das Einzelgericht sie vorgenommen hat, nicht zu ändern. Es genügt auch im Rechtsschutz in klaren Fällen nicht, einfach zu behaupten, es habe ein abweichender Parteiwille bestanden.

4. Zur Beendigung des Vertrages

4.1. Ordentliche Kündigung

4.1.1. Das Einzelgericht erwog (act. 27 S. 8 f. Erw. 4.3), die Gesuchstellerin habe die Gebrauchsleihe mit ihrem Schreiben vom 29./30. November 2019 per 30. Dezember 2019 ordentlich gekündigt. Zudem sei dem Gesuchsgegner bewusst gewesen, dass er die Liegenschaft verlassen müsse und habe dies der Gesuchstellerin auch mitgeteilt. Es sei deshalb rechtsmissbräuchlich, wenn er sich nun auf den Standpunkt stelle, die Gebrauchsleihe sei nicht beendet worden und er dürfe weiterhin in der Liegenschaft bleiben.

4.1.2. Der Gesuchsgegner beanstandet zunächst, die Gesuchstellerin habe gar kein Kündigungsrecht, sondern es handle sich um einen befristeten oder bedingten Vertrag (act. 28 S. 20 Rz. 60). Weiter beanstandet er die vorinstanzliche Erwägung, er habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten; vielmehr habe die Gesuchstellerin habe sich selbst rechtsmissbräuchlich verhalten (act. 28 S. 22 ff. Rz. 74).

4.1.3. Es ist fraglich, ob die Vereinbarung über die Beendigung der Gebrauchsleihe (Ziff. 2.2 des Vertrages, act. 3/3 S. 2) genügend klar (Art. 257 Abs. 1 ZPO) bestimmt, dass der Gesuchstellerin überhaupt ein Kündigungsrecht zustehe (und es sich nicht um einen befristete Vertrag handelt). Aufgrund des Nachfolgenden kann das aber offen bleiben.

4.2. Ausserordentliche Kündigung

4.2.1. Die Gesuchstellerin kündigte die Gebrauchsleihe sodann mit Schreiben vom 30. Dezember 2019 (act. 3/14) ausserordentlich (und fristlos), gestützt auf Ziff. 2.3 des Gebrauchsleihe-Vertrags (act. 3/3), da der Gesuchsgegner einen "Untermieter" oder Mitbewohner aufgenommen habe (act. 1 S. 6 Rz. 15 ff.). Der Empfang dieses Schreibens ist unbestritten (behauptet von der Gesuchstellerin in act. 1 S. 6 Rz. 17; unbestritten geblieben in act. 13 S. 8 f. Rz. 43) und belegt (act. 3/16).

4.2.2. Die Parteien vereinbarten ein ausserordentliches Kündigungsrecht wie folgt:

" 2.3 Frühere Rückforderung

Die Nutzungsgeberin kann das Vertragsobjekt mit sofortiger Wirkung zurückfordern, wenn

- a. ...
- b. die Benützer/innen gegen vereinbarte Vertragsbestimmungen verstossen oder den Zustand des Vertragsobjekts verschlechtern oder dieses einem Dritten zum Gebrauche überlassen
- c. ..."

4.2.3. Der Gesuchsgegner bestritt nicht, dass er einen Mitbewohner aufgenommen hat, sondern allein, dass dieser ihm Fr. 250.– pro Monat gezahlt habe (act. 13 S. 9 Rz. 42). Er machte jedoch geltend, das ausserordentliche Kündigungsrecht bestehe nicht, wenn er einen Dritten aufnehme, aber die Liegenschaft selbst weiterhin bewohne. Er machte dazu geltend, schon im Vertrag sei "eine Mehrzahl von Nutzerinnen vorgesehen" (act. 13 S. 9 Rz. 42). Das trifft an sich zu. Im "Rubrum" des Vertrages sind aber die Parteien definiert. Unter "Benützer/innen" erscheint der Gesuchsgegner, wobei die weiteren zwei Felder leer sind. "Benüt-

zer/innen" in Ziff. 2.3 des Vertrages meint also allein den Gesuchsgegner, unabhängig davon, dass dort und andernorts im Vertrag von "Benützer/innen" (Mehrzahl) die Rede ist.

4.2.4. Gemäss der gesetzlichen Regelung, die hier ergänzend herangezogen werden kann, darf der Entlehner den Gebrauch der Sache nicht einem andern überlassen (Art. 306 Abs. 2 OR). Die Leihe ist grundsätzlich eine persönliche Gefälligkeit an den Entlehner. Zulässig ist nur der Mitgebrauch durch Dritte im Rahmen des vereinbarten Leihzwecks, z.B. durch Familienangehörige bei der Leihe einer Ferienwohnung (zum Ganzen Maurenbrecher/Schärer, a.a.O., Art. 307 N 3a; darauf verweist auch der Gesuchsgegner selbst). Der Mitbewohner des Gesuchsgegners steht aber in keinem ersichtlichen oder behaupteten familiären oder sonstigen Näheverhältnis zum Gesuchsgegner, sodass jener nicht zum Mitgebrauch berechtigt ist. Abgesehen von solchen Fällen ergibt sich aus der Lehre gerade, dass schon der *Mitgebrauch* durch Dritte unter Vorbehalt der Gestattung durch den Verleiher steht (Maurenbrecher/Schärer, a.a.O., Art. 308 N 2), also nicht durch den Leihzweck gedeckt sein kann.

4.2.5. Dieser Ersatzbegründung steht im Übrigen nicht entgegen, dass das Einzelgericht seinen Entscheid nicht darauf stützte. Denn die Beschwerdeinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), kann ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid also auch aus Gründen abweisen, die im vorinstanzlichen Entscheid nicht erwogen wurden.

5. Ergebnis

5.1. Was die Qualifikation des Vertragsverhältnisses angeht, ist die Sachlage sofort beweisbar und die Rechtsklage klar.

5.2. Was die ausserordentliche Kündigung angeht, ist die Sachlage – soweit rechtserheblich, also abgesehen von der Frage der Entgeltlichkeit der "Untermiete" – unbestritten und die Rechtslage klar. Die ausserordentliche Kündigung der Gesuchstellerin vom 30. Dezember 2019 war deshalb zulässig und wirksam.

5.3. Der Gesuchsgegner verfügt damit heute (und verfügte schon zur Zeit des Gesuchs und erst recht des vorinstanzlichen Urteils) nicht mehr über einen Rechtstitel, um sich in der Liegenschaft der Gesuchstellerin aufzuhalten. Das Einzelgericht hat ihn deshalb zu Recht aus dieser Liegenschaft ausgewiesen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Höhe der vorinstanzlichen Gerichtskosten und Parteientschädigung ist nicht beanstandet.

6.2. Das Einzelgericht auferlegte die Kosten dem Gesuchsgegner, was angesichts des Verfahrensausgangs rechtens ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.3. Das Einzelgericht hat jedoch seine Kosten von der Gesuchstellerin bezogen, unter Einräumung des Rückgriffs auf den Gesuchsgegner (act. 27 S. 10 Erw. 6.1, S. 11 Dispositiv-Ziffer 4). Das war nach altem kantonalem Prozessrecht möglich (§ 67 Abs. 4 ZPO/ZH), ist es aber seit dem 1. Januar 2011 nicht mehr. Heute ist die Liquidation der Prozesskosten unter Einbezug der obsiegenden Partei nur noch zulässig, wenn ein Vorschuss erhoben worden ist (Art. 98 ZPO). Das haben beide Zivilkammern des Obergerichts entschieden (OGer PF190023 vom 27. Juni 2019; RV180007 vom 4. Juni 2018 = ZR 117/2018 Nr. 49; zuletzt OGer PF200047). Dass das Einzelgericht dies, wie es selbst ausführt, "praxisgemäss" so macht, mag sein, macht es aber auch nicht rechtens. Die Gesuchstellerin hat dies nicht angefochten, der Gesuchsgegner ist nicht beschwert. Eine Korrektur ist daher nicht möglich.

6.4. In einem Ausweisungsverfahren ergibt sich der Streitwert aus der mutmasslichen Verfahrensdauer von sechs Monaten. Da unbestritten blieb, dass der Gesuchsgegner monatlich Fr. 200.– bezahlte, beträgt der Streitwert also Fr. 1'200.–. Die Entscheidegebühr ist entsprechend (§§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GebV OG) auf Fr. 250.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss (Art. 106 Abs. 1 ZPO) dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer aufzuerlegen und aus dem von diesem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 600.– zu beziehen.

6.5. Die Gesuchsgegnerin hatte zum Antrag des Gesuchstellers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Dafür ist ihr eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 250.– (inkl. MwSt.) zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie wird aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 250.– (inkl. 7,7% MwSt) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin im Doppel (für sich und zu Handen des Stadtammannamtes) und unter Beilage eines Doppels von act. 28, an den Beschwerdeführer unter Beilage der Doppel von act. 39 und 40/1–6, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (ER200005), je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 7'200.–.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: