

# ZH\_OBERGERICHT LF140064 vom 14. August 2014

ZH Obergericht, 2014-08-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF140064](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF140064)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF140064 du 14 août 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LF140064 del 14 agosto 2014

## Erwägungen

### E. 1

Am 30. September / 1. Oktober 2013 schloss die Berufungsbeklagte mit D. \_\_\_\_\_ einen Mietvertrag über das Einfamilienhaus an der C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich (act. 4/2). Mit Urteil vom 3. Juli 2014 hiess das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich das Begehren der Berufungsbeklagten gut und befahl D. \_\_\_\_\_ sowie dem von diesem in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Berufungskläger, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 15).

### E. 2

Hiergegen erklärte der Berufungskläger bei der Vorinstanz rechtzeitig Berufung und beantragte sinngemäss, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei ihm für den Auszug eine angemessene Frist einzuräumen. Die Vorinstanz leitete die Eingabe noch innert der Rechtsmittelfrist zur Behandlung an die Kammer weiter. Zur Begründung bringt der Berufungskläger im Wesentlichen vor, er habe seit dem 14. Dezember 2013 einen Mietvertrag mit D. \_\_\_\_\_ für die C. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich und sei dort seit dem 16. Dezember 2013 offiziell gemeldet. Die im angefochtenen Entscheid erwähnten Vorladungen seien ihm nie zugegangen. Von der Vereinbarung zwischen der Berufungsbeklagten und

- 4 - D. \_\_\_\_\_ betreffend das Haus habe er keine Kenntnis. Die Berufungsbeklagte sei aber durch diesen über den Mietvertrag informiert worden. Zudem habe er selbst mit der Berufungsbeklagten vorab telefonisch und danach am 10. Februar 2014 im Café ... in Zürich über sein Mietverhältnis gesprochen. Seit diesem Treffen habe er bemerkt, dass zwischen der Berufungsbeklagten und D. \_\_\_\_\_ Unstimmigkeiten herrschten. Anlässlich der Schlüsselübergabe habe die Berufungsbeklagte ihn angewiesen, infolge Verzögerungen bei der Renovation des Hauses keine Miete an D. \_\_\_\_\_ zu bezahlen. Ein unverzüglicher Auszug sei schwer mit einem neuen Mietverhältnis zu vereinbaren. Selbstverständlich sei er mit höchster Priorität auf Wohnungssuche und habe auch schon Erfolge betreffend eine Zwischenlösung erzielt. Es sei ihm deshalb eine angemessene Auszugsfrist zu gewähren (act. 16). 3.a) Der Berufungskläger moniert vorab, die Vorladung nicht erhalten zu haben. In der Tat gingen die Vorladungen zur Verhandlung für den Berufungskläger sowie D. \_\_\_\_\_ mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz zurück (act. 8a und 8b). Diese erwog, da D. \_\_\_\_\_ die Mietzinse für die gemieteten Räumlichkeiten nicht bezahlt habe, hätten er sowie der Berufungskläger damit rechnen müssen, dass die Berufungsbeklagte gerichtlich gegen sie vorgehen würde, weshalb die Vorladung gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO als zugestellt gelte (act. 15 S. 2). b) Nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt die Zustellung bei einer eingeschriebenen Postsendung als am siebten Tag nach dem gescheiterten Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung

rechnen musste. Letzteres setzt ein Prozessrechtsverhältnis voraus und weiter, dass im hängigen Verfahren behördliche Zustellungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind (BGer 5A\_9872011 vom 3. März 2011 mit zahlreichen Hinweisen). Aus dem Umstand, dass der (Haupt-)Mieter gemäss Angaben des Vermieters seine Mietzinse nicht bezahlte, auf ein Prozessrechtsverhältnis des (Unter-)Mieters mit dem Vermieter zu schliessen, ist nicht zulässig. So muss selbst der Hauptmieter bei Zahlungsausständen nicht mit einem Gerichtsverfahren rechnen, kann doch der Vermieter etwa aus

- 5 - Entgegenkommen oder anderen Gründen von der Einleitung eines Verfahrens absehen bzw. damit einstweilen zuwarten. Umso weniger ist für den Untermieter, der mit dem Zahlungsverhalten des Hauptmieters nichts zu tun und selbst keine Kündigung erhalten hat, eine gerichtliche Zustellung absehbar. Da der Berufungskläger demnach nicht erwarten musste, dass er in ein Verfahren einbezogen würde, greift die Zustellfiktion nicht. Indem die Vorinstanz die Zustellung der Vorladung dennoch fingierte und in (unentschuldigter) Abwesenheit des Berufungsklägers entschied, verletzte sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör in grundlegender Weise. c) Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Gutheissung des Rechtsmittels und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann, und wenn ihr kein Nachteil erwächst. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGer 5A\_296/2013 vom 9. Juli 2013 mit Hinweis auf BGE 137 I 195 E. 2.3.2, BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2, BGE 133 I 201 E. 2.2). d) Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und neu entscheiden (Art. 318 ZPO). Unter diesem Aspekt steht einer Heilung des dem vorinstanzlichen Entscheid

- 6 - anhaftenden Verfahrensmangels durch Berücksichtigung der Vorbringen des Berufungsklägers im Berufungsverfahren nichts entgegen. Das Recht des Berufungsklägers, zum Ausweisungsbegehren Stellung zu nehmen, ist fundamental und die Gehörsverletzung deshalb als schwerwiegend zu qualifizieren. Dennoch ist von einer Rückweisung abzusehen, da diese als formalistischer Leerlauf erschiene. Es stellen sich keine besonders schwierigen Fragen, die zwingend der Beurteilung durch zwei Instanzen bedürften, wobei im Berufungsverfahren selbstredend alle Einwendungen und Beilagen des Berufungsklägers zu berücksichtigen sind. Weiterungen sind nicht erforderlich und der Berufungskläger würde ferner – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – in einer neu anzusetzenden Verhandlung nichts vorbringen können, was zu einer anderen Beurteilung führen könnte. Schliesslich ist die mit einer Rückweisung verbundene Verzögerung angesichts des erheblichen Interesses der Gegenpartei an einer raschen Erledigung des

Verfahrens nicht vertretbar. 4.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. Es ist deshalb möglich und durchaus üblich, Personen zum Verlassen bzw. zur Rückgabe von Räumen bzw. Sachen zu verpflichten, die niemals Partei eines Mietvertrages waren, sondern aus anderen Gründen Besitz an der Sache erlangten. b) Die Berufung von D.\_\_\_\_\_ gegen die Ausweisung wurde verspätet eingereicht, weshalb darauf mit Entscheid von heute nicht einzutreten ist (vgl. Geschäfts Nr. LF140065). Dieser Entscheid wird mit der Ausfällung vollstreckbar; eine Überprüfung des Befehls durch die Berufungsinstanz entfällt. Gemäss dem nachgereichten Mietvertrag vom 14. Dezember 2013 zwischen D.\_\_\_\_\_ und dem

- 7 - Berufungskläger wohnt dieser als Untermieter an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... (act. 16 und 18/1-2). Ob die Berufungsbeklagte vom Untermietverhältnis Kenntnis hatte bzw. diesem zustimmte, ist strittig (act. 1 S. 5, act. 16 S. 2), spielt aber für das vorliegende Verfahren keine Rolle. Wesentlich ist, dass zwischen dem Berufungskläger und der Berufungsbeklagten – unbestrittenermassen – keine vertragliche Beziehung besteht. Dies bedeutet, dass nach erfolgter und nicht mehr zu überprüfender Kündigung des (Haupt-)Mietverhältnisses der Berufungskläger keinen Anspruch auf weiteren Verbleib in der Mietsache hat, denn der Untermieter kann gegenüber dem Vermieter nie mehr Rechte haben als der Mieter selbst. Die Berufungsbeklagte hat somit nicht nur gegenüber D.\_\_\_\_\_, sondern grundsätzlich auch direkt gegen den Berufungskläger gestützt auf Art. 641 ZGB und/oder Art. 926 und 928 ZGB einen Ausweisungsanspruch. Indem sie zugleich den Berufungskläger ins Recht fasste, vermied sie das Risiko einer einstweilen nicht möglichen Vollstreckung, da diese in der Regel nur gegen die am Ausweisungsverfahren beteiligten Personen verlangt werden kann (SVIT- Kommentar, 3. Aufl., Art. 274g N 5a ff.). Infolge des fehlenden Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien gründet der Ausweisungsanspruch gegen den Berufungskläger somit auf dem Eigentum der Berufungsbeklagten (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Weder stellt der Berufungskläger in seiner Berufung das Eigentum der Berufungsbeklagten in Frage noch ergeben sich aus den Akten dagegen sprechende Anhaltspunkte (vgl. zum Ganzen SVIT-Kommentar, Art. 274g N 4a, mit Bezug auf Untermiete Art. 262 N 36 und Art. 273b N 5 ff., Lachat et. al, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., S. 476 ff. sowie Higi, Zürcher Kommentar, Art. 273b N 21). Wenn wie vorliegend 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 wie hier zur Anwendung von Art. 641 ZGB führt.

- 8 - c) Dem Ausweisungsanspruch der Berufungsbeklagten steht nach dem Gesagten kein besseres dingliches oder obligatorisches Recht des Berufungsklägers entgegen, welches letzteren zur Weiterbenutzung der Räumlichkeiten berechtigen würde. Seine Einwendungen

persönlicher Natur sind sodann unbehelflich (act. 16 S. 2 f.): Der Berufungskläger hält sich gegenwärtig ohne Rechtsgrund im Objekt auf, weshalb die Berufungsbeklagte nicht gehalten ist, ihm mit Blick auf die schwierige Wohnungssuche eine längere Auszugsfrist einzuräumen. d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Ausweisungsbefehl zu Recht erteilt wurde. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 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. 18'900.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Bohli Roth versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.