

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. E. Pahud und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

Urteil vom 25. Januar 2024

in Sachen

1. ...

2. **A.** _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 21. November 2023 (ER230070)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

1. Der Gesuchsgegner 1 und der Gesuchsgegner 2 seien zu verpflichten, die 4 1/2-Zimmer-Wohnung im 1. OG (Ref. Nr. 1) inkl. Kellerabteil und Einstellplatz (Ref. Nr. 2) an der C._____-strasse ... in D._____ unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 337 und Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO, direkte Vollstreckung).
2. Das zuständige Stadtammannamt sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners 1 und des Gesuchsgegners 2 in Solidarhaftung.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, die 4.5-Zimmer-Wohnung im 1. OG (Ref. Nr. 1), inkl. Kellerabteil und Einstellplatz (Ref. Nr. 2), an der C._____-strasse ... in D._____ unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Opfikon wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Gesuchstellerin die Verpflichtung der Gesuchsgegner gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, sind dieser aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung auf den Gesamtbetrag zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 720.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden den Gesuchsgegnern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung auf den Gesamtbetrag. Sie werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind dieser aber von

den Gesuchsgegnern zu ersetzen. Der Restbetrag des Kostenvorschusses wird der Gesuchstellerin nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet, unter dem Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates.

5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. [Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge des Gesuchsgegners 2 und Berufungsklägers:
(act. 27)

1. Das Urteil vom 21. November 2023 sei vollumfänglich aufzuheben und mein Mandant nicht zu verpflichten die Wohnung zu räumen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen seien ausgangsgemäss zu verlegen.

Erwägungen:

1.

1.1.

1.1.1. Zwischen der B._____ (nachfolgend: Berufungsbeklagte) und dem Gesuchsgegner 1 besteht ein Mietverhältnis in Bezug auf eine Wohnung und einen Einstellplatz an der C._____ -strasse ... in D._____ (nachfolgend: Mietvertrag [act. 3/1-3]). Per 1. Februar 2016 gingen der Gesuchsgegner 1 und A._____ (Gesuchsgegner 2 und Berufungskläger nachfolgend: Berufungskläger) einen Untermietvertrag ein, welchen die Berufungsbeklagte genehmigte (act. 3/4).

1.1.2. Mit Schreiben vom 10. Mai 2023 forderte die Berufungsbeklagte den Gesuchsgegner 1 zur Zahlung der Monatsmieten April und Mai 2023 von total Fr. 3'714.– sowie der Nebenkosten von Fr. 376.30 auf, unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses bei Nichteinhalten der Zahlungsfrist (act. 3/5).

1.1.3. Mit Schreiben vom 22. Juni 2023 kündigte die Berufungsbeklagte das Mietverhältnis mit amtlichem Formular per 31. Juli 2023 (act. 3/7). Mit Schreiben vom 26. Juni 2023 wandte sie sich an den Berufungskläger und teilte diesem die Kündigung des Mietvertrags per 31. Juli 2023 und die Abnahme per gleichen Datums mit (act. 3/10).

1.2.

1.2.1. Mit Eingabe vom 17. August 2023 (Postaufgabe gleichentags) reichte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Ausweisung mit den eingangs wiedergegebenen Begehren ein (act. 1-act. 3/1-11).

1.2.2. Am 14. September 2023 wurde der Vorinstanz die Sistierung des zwischen dem Gesuchsgegner 1 und der Berufungsbeklagten vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirksgerichts Bülach hängigen Schlichtungsverfahrens (act. 3/11) mitgeteilt (act. 10).

1.2.3. Mit Urteil vom 21. November 2023 (act. 16 = act. 26 [Aktenexemplar] = act. 29) hiess die Vorinstanz das Ausweisungsgesuch wie eingangs wiedergegeben gut.

1.3.

1.3.1. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2023 (Postaufgabe gleichentags) erhob der Berufungskläger Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 27-30).

1.3.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-24). Den Parteien wurde der Eingang der Berufung mit Mitteilung vom 11. Januar 2024 angezeigt (act. 31/1, 31/2). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Mit vorliegendem Urteil ist der Berufungsbeklagten eine Kopie der Berufung (act. 27) zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der angefochtene Entscheid stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Mit einem Streitwert von Fr. 11'142.– (E. 4.1 unten) ist die Streitwertschwelle erreicht.

2.2.

2.2.1. Die Berufung gegen den im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid der Vorinstanz (vgl. Art. 257 Abs. 1 ZPO) ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen einzureichen (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.2.2. Das angefochtene Urteil wurde dem Berufungskläger am 11. Dezember 2023 zugestellt (act. 21, vgl. Art. 138 Abs. 2 ZPO). Mit Übergabe der Berufung an die Schweizerische Post am 21. Dezember 2023 (act. 27) wurde die Rechtsmittelfrist gewahrt.

In seiner Rechtsmittelschrift behält sich der Berufungskläger vor, nach Eingang der vorinstanzlichen Akten Ergänzungen der Berufungsschrift vorzunehmen (act. 27, S. 3 f.). Bis dato sind keine entsprechenden Ergänzungen bei der Kammer eingegangen. Solche wären aber ohnehin verspätet, da die Rechtsmittelfrist am 21. Dezember 2023 ablief.

2.3.

2.3.1. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Sie muss konkrete Anträge und eine Begründung dieser Anträge enthalten. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids (bzw. dessen Dispositivs) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (vgl. BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 311 N 12, 15).

Im Rechtsmittelverfahren dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; 143 III 42 E. 4.1). Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1; 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1 je m.w.H.; OGer ZH LF160084 vom 24. Januar 2017, E. II./1.1-2 m.w.H.).

2.3.2. In seiner Berufungsschrift macht der Berufungskläger geltend, er habe den Mietzins jeweils direkt an die Berufungsbeklagte bezahlt, aufgrund eines Wechsels seiner Hausbank sei es jedoch zu einem Zahlungsverzug gekommen. Die an den Gesuchsgegner 1 gerichtete Zahlungsaufforderung mit Fristansetzung und Kündigungsandrohung habe er wegen fehlender Bevollmächtigung nicht abholen können und aufgrund des Wechsels der Hausbank habe er weder von der ausgebliebenen Zahlung noch der Mahnung mit Fristansetzung Kenntnis genommen. Das Kündigungsschreiben vom 22. Juli 2023 sei nur zufälligerweise in seinen Besitz gekommen, woraufhin er telefonisch Kontakt mit der Berufungsbeklagten aufgenommen habe. Diese habe ihm die letzte Mahnung zugestellt, welche (gemeint die ausstehenden Zahlungen) er am 12. Juli 2023 beglichen habe (act. 27, S. 4 f.). Als Beweismittel legt der Berufungskläger ein Schreiben der Berufungsbeklagten vom 11. Juli 2023 (act. 30/3) sowie zwei Zahlungsempfangsscheine vom 13. Juli 2023 ins Recht (act. 30/4, 30/5).

Gestützt auf diese Tatsachenvorbringen führt der Berufungskläger in rechtlicher Hinsicht aus, das Verhalten der Berufungsbeklagten sei missbräuchlich bzw. grenze an Rechtsmissbrauch. So sei dieser einerseits bewusst gewesen, dass der Berufungskläger als Bewohner der Liegenschaft keine Kenntnis von der Mahnung und Fristansetzung gehabt haben konnte. Andererseits habe die Berufungsbeklagte ihn im Wissen darüber, dass nicht der Gesuchsgegner 1, sondern er die

Miete bezahle, nie kontaktiert und in diesem Sinne einen Kündigungsgrund provoziert.

2.3.3. Vor der ersten Instanz liess sich der Berufungskläger nicht vernehmen (vgl. act. 26 S. 2). Bei den von ihm vor der angerufenen Rechtsmittelinstanz geltend gemachten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel handelt es sich folglich um Noven, und zwar um unechte Noven, da sie sich vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben (vgl. SPÜHLER, a.a.O., Art. 317 N 5). Sie sind im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, wobei es dem Berufungskläger oblegen hätte, darzutun, dass und inwiefern ein früheres Vorbringen nicht möglich war. Die Berufungsschrift enthält keine diesbezüglichen Ausführungen, womit der Nachweis für die Zulässigkeit der Noven nicht erbracht wurde. Folglich sind sie als verspätet nicht zu berücksichtigen, so dass der Berufungskläger daraus in rechtlicher Hinsicht von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

2.4.

2.4.1. Ob eine Kündigung nichtig oder unwirksam ist, ist vom (Ausweisungs-) Gericht von Amtes wegen zu beachten (BACHOFNER, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Zürich 2019, Rz. 192, 196; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 266o N 2). Jedoch ist eine allfällige Nichtigkeit oder Unwirksamkeit als Rechtsfrage vom (Ausweisungs-)Gericht aufgrund der im Ausweisungsverfahren grundsätzlich geltenden sog. Verhandlungsmaxime (Art. 257 i.V.m. Art. 255 ZPO e.c.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_440/2016 vom 24. Oktober 2016 E. 5.2.2, 5.3.2; 4A_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.2.2 [nicht publiziert in BGE 141 III 262]; 4A_7/2012 vom 3. April 2012 E. 2.5) nur insoweit von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 57 ZPO), als die Tatsachen, auf denen sie beruht, von den Parteien (rechtzeitig) geltend gemacht und nachgewiesen wurden (vgl. BGE 144 III 462 E. 3, 4 = Pra 108 [2019] Nr. 41; OGer ZH PF200079 vom 19. Oktober 2020 E. 2.2; PF190019 vom 27. Juni 2019 E. D/1.2; FUCHS, Prozessuale Fallstricke des Mieterausweisungsverfahrens, ZBJV 159/2023, S. 727 ff., S. 741).

2.4.2. In seiner Berufungsschrift macht der Berufungskläger geltend, er habe den geforderten Betrag bezahlt, womit die Kündigung durch Novation aufgehoben worden sei. Es liege deshalb kein Ausweisungsgrund vor (act. 27 S. 7).

2.4.3. Im erstinstanzlichen Verfahren behauptete die Berufungsbeklagte, das streitgegenständliche Mietverhältnis aufgrund eines Zahlungsrückstandes gemäss Art. 257d OR mit Schreiben vom 22. Juni 2023 per 31. Juli 2023 gekündigt zu haben (act. 1, S. 4 f.). Sie legte die Mahn- und Kündigungsschreiben ins Recht (act. 3/5, 3/7).

Der Berufungskläger liess sich im erstinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen. Damit unterliess er es, das Nichtbestehen des Kündigungsgrunds resp. der Kündigung sowohl zu behaupten als auch die gegenteilige Behauptung der Berufungsbeklagten zu bestreiten. Erstmals vor Obergericht machte er geltend, den Mietzins bezahlt zu haben, weshalb kein Zahlungsrückstand, jedoch eine Novation bestehe. Da diese Tatsachenbehauptungen verspätet erfolgten und entsprechend nicht zu berücksichtigen sind (vgl. E. 2.3.3 oben), ist die geltend gemachte Unwirksamkeit der Kündigung in Bezug auf diese Tatsachenbehauptungen nicht zu prüfen.

3.

3.1. Der Berufungskläger macht geltend, er sei im vorinstanzlichen Verfahren nicht zur Stellungnahme aufgefordert worden und habe deshalb eine solche nicht eingereicht (S. 3). Mit diesen Vorbringen rügt der Berufungskläger sinngemäss eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

3.2. Mit Verfügung vom 24. August 2023, die gemäss der Sendungsnachverfolgung dem Berufungskläger am 1. September 2023 zugestellt wurde (vgl. Art. 138 Abs. 2 ZPO, act. 5), setzte die Vorinstanz u.a. dem Berufungskläger Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch an (act. 4, Ziff. 3). Zudem fand am 7. September 2023 und somit während laufender Frist zur Stellungnahme ein Telefongespräch zwischen der Vorinstanz und dem Berufungskläger statt. Anlässlich dieses Telefonats erklärte Letzterer u.a., er wolle die Angelegenheit mit seinem

Anwalt besprechen (act. 7). In der Folge lief die Frist zur Stellungnahme ungenutzt ab.

3.3. Daraus lässt sich schliessen, dass der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme aufgefordert wurde, weshalb der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs kein Erfolg beschieden und die Berufung insofern als offensichtlich unbegründet abzuweisen ist.

4.

4.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorinstanzlich stand nicht in Frage, ob die Auflösung des Mietverhältnisses gültig erfolgte (vgl. E. 2.3, 2.4 oben; vgl. auch BACHOFNER, a.a.O., Rz. 425). Somit beläuft sich der Streitwert praxisgemäss auf sechs Monatsmieten, vorliegend also Fr. 11'142.– (Mietzins der Wohnung: Fr. 1'732.– [act. 3/1], Mietzins des Einstellplatzes: Fr. 125.– [act. 3/2]; [Fr. 1'732.– + Fr. 125.–] x 6). Ausgehend vom Streitwert und unter Berücksichtigung der eher geringen Schwierigkeit des Falles wird die Entscheidegebühr auf Fr. 700.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

4.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Berufungskläger nicht, weil er mit seiner Berufung unterliegt, und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. November 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 27), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 vermögensrechtliche mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'142.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Widmer

versandt am:
26. Januar 2024