

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110085-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 8. September 2011

in Sachen

A. _____, Beklagter und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf vom 27. Juni 2011 (ER110026)

Erwägungen:

1. Sachverhalt

Mit amtlichem Formular vom 11. April 2008 schlossen die Klägerin, Vermieterin und Berufungsbeklagte (nachstehend Klägerin genannt) und der Beklagte, Mieter und Berufungskläger (nachstehend Beklagter genannt) einen befristeten Mietvertrag über ein 188 m² grosses Restaurant im Erdgeschoss des C.____-Centers in D.____ ab. Als Mietbeginn wurde der 1. Mai 2008 und als Mietende der 30. April 2011 vereinbart (act. 4/2 S. 1), wobei gemäss Anhang I zum Mietvertrag (Ziff. 11) zugunsten des Beklagten eine Verlängerungsoption um weitere drei Jahre bis Ende April 2014 vereinbart wurde. Diese musste vom Beklagten schriftlich und bis Ende April 2010 ausgeübt werden (act. 4/2 S. 6).

Streitgegenstand bildet der Umstand, dass sich der Beklagte auf den Standpunkt stellt, er habe bereits mit Schreiben vom 18. Februar 2010 bzw. mit Übergabe desselben am 13. März 2010 an E.____ – dieser ist Buchhalter der Klägerin – rechtswirksam vom Optionsrecht Gebrauch gemacht (act. 4/5 = act. 9/3, act. 8 und Prot. I S. 7 f.), während die Klägerin der Ansicht ist, der Beklagte habe das Optionsrecht nicht rechtsgültig ausgeübt, weil er das Schreiben trotz ausdrücklichem Hinweis von E.____ anlässlich der Übergabe nicht unterzeichnet habe (act. 4/3-4, Prot. I S. 6 f.).

2. Prozessgeschichte

2.1. In der Folge reichte die Klägerin – vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y.____ – mit Eingabe vom 6. Mai 2011 nachstehendes Gesuch beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf ein (act. 1):

"Es sei dem Beklagten unter Androhung des Zwangsvollzugs im Widerhandlungsfalle zu befehlen, 188 m² Restauraträumlichkeiten im Erdgeschoss des C.____-Centers D.____, ...-Strasse ..., in D.____, unverzüglich zu räumen und ordnungsgemäss zurückzugeben,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten des Beklagten."

2.2. Die Vorinstanz setzte dem Beklagten mit Verfügung vom 24. Mai 2011 Frist an, um zum klägerischen Ausweisungsbegehren schriftlich Stellung zu nehmen bzw. sich insbesondere dazu zu äussern, ob er das Ausweisungsbegehren aner-

kenne oder bestreite (act. 7). Dieser Aufforderung kam der Beklagte mit Schreiben vom 14. Juni 2011 rechtzeitig nach. Er hielt fest, den Mietvertrag am 4. März 2010 [recte: 13. März 2010] verlängert zu haben, womit er das Ausweisungsbegehren bestreite (act. 8 und act. 9/1-7).

2.3. Nachdem die Vorinstanz am 27. Juni 2011 die Hauptverhandlung durchgeführt und auf Antrag der Klägerin den mitgebrachten Buchhalter E._____ als Zeugen zur Frage bezüglich des behaupteten Hinweises auf die fehlende Unterschrift auf dem beklaglichen Schreiben vom 18. Februar 2010 einvernommen hatte (Prot. I S. 6 ff. und act. 11), hiess sie das Ausweisungsbegehren gut und befahl dem Beklagten mit Urteil vom 27. Juni 2011, die Restauranträumlichkeiten im Erdgeschoss des C._____Centers in D._____ unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 12 = act. 17).

2.4. Gegen das am 4. Juli 2011 versandte und dem Beklagten am 5. Juli 2011 zugegangene Urteil (act. 12 Anhang) erhob er – nun vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____ – mit Eingabe vom 15. Juli 2011 (Datum Poststempel: 15. Juli 2011) rechtzeitig bei der Kammer Berufung und stellte folgende Anträge (act. 18 S. 2):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 27. Juni 2011 sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten.

Eventualiter sei die Berufung als Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO entgegenezunehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

2.5. Mit Präsidialverfügung vom 26. Juli 2011 wurde dem Beklagten gestützt auf Art. 98 ZPO Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– für das Berufungsverfahren angesetzt und gleichzeitig ausgeführt, dass die Rechtsmittelschrift als Berufung im Sinne von Art. 308 ff. ZPO und nicht als Beschwerde entgegen genommen werde (act. 21). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 22-25). Mit Verfügung vom 8. August 2011 wurde der Klägerin sodann Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 26), welche mit Eingabe vom 16. August 2011 ebenfalls rechtzeitig eingereicht wurde (act. 27-28). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Parteidarstellungen

3.1. Der Beklagte lässt im Berufungsverfahren geltend machen, zum einen habe die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich gewürdigt, indem unbeachtet geblieben sei, dass die klägerische Geltendmachung der fehlenden Unterschrift erst ein Jahr nach Entgegennahme des Verlängerungsschreibens erfolgt sei (Art. 320 lit. b ZPO). Dies stelle ein widersprüchliches bzw. rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, denn kurz zuvor sei noch über diverse Vertragsänderungen und eine mögliche Erweiterung des Mietobjekts verhandelt worden, und erst der neue Geschäftsführer habe sich auf die fehlende Unterschrift berufen. Dass zuvor beide Parteien von der Ausübung der Option ausgegangen seien, erhelle auch das Schreiben der Klägerin an den Beklagten vom 10. Oktober 2010 betreffend die Miete von zusätzlichen Räumen für Hochzeitsanlässe (act. 20). Zum anderen sei das vorinstanzliche Beweisergebnis willkürlich, denn es leuchte nicht ein, weshalb der Buchhalter den Beklagten darauf aufmerksam gemacht haben solle, dass die Unterschrift fehle, ihn aber nicht angehalten habe, das Dokument sofort zu unterschreiben (Art. 320 lit. a ZPO). Vor allem aber hätte der Zeuge E. _____ nicht einvernommen werden dürfen, denn gemäss ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher N 5 zu Art. 257 ZPO sei im Ausweisungsverfahren kein Zeugenbeweis möglich. Die Voraussetzungen für die Liquidität seien hoch anzusetzen. Abgesehen davon sei gegen das Gebot der Waffengleichheit verstossen worden, denn dem Beklagten sei es wegen seiner lückenhaften Deutschkenntnisse nicht möglich gewesen, in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ausreichend rasch zu reagieren und einen Zeugen zu nennen, der den Sachverhalt in ein anderes Licht gerückt hätte. Auch habe er offensichtlich nicht alles verstanden, womit eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 56 ZPO vorliege (act. 18 S. 3 ff.).

3.2. Hiegegen lässt die Klägerin in der Berufungsantwort einwenden, es treffe nicht zu, dass beide Parteien – somit auch sie als Vermieterin – von der Ausübung des Optionsrechts ausgegangen seien. Das Mietverhältnis sei befristet gewesen und die Option sei nicht rechtsgültig ausgeübt worden. Daran vermöge das vom Beklagten behauptete widersprüchliche bzw. rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin nichts zu ändern. Der Beklagte sei von der Klägerin bzw. vom Zeugen E. _____ klar auf die fehlende Unterschrift und damit auf die Ungültigkeit der Opti-

onsausübung hingewiesen worden. Der Beklagte habe denn auch nie bestritten, dass er sein Schreiben mit Optionsausübung nicht unterzeichnet habe. Eine plausible Erklärung dazu habe er aber nicht geliefert und anlässlich der Verhandlung auch keinen Zeugen für das Gegenteil nennen können. Viel mehr wolle der Beklagte aus dem ihm von der Klägerin angebotenen Vergleichsvorschlag Kapital schlagen. Im Übrigen sei der Beklagte durch den Zeugen E._____ nicht überrascht worden, denn er habe diesen gekannt und gewusst, was er sagen würde. Weiter verstehe der Beklagte sehr wohl Deutsch, was sich auch an seinen eingereichten Schreiben (insbesondere act. 9/6) zeige. Seine unpräzisen Antworten auf präzise Fragen stelle vielmehr eine südländische Unart dar, sich gegen unangenehme Tatsachen zu winden und sich möglichst nicht festzulegen (act. 28 S. 3 ff.). In rechtlicher Hinsicht macht die Klägerin geltend, dass im Ausweisungsverfahren sehr wohl Zeugen zugelassen seien. Dies ergebe sich aus Art. 254 Abs. 1 lit. a ZPO, zumal vorliegend keine Verfahrensverzögerung stattgefunden habe (act. 28 S. 6).

4. Materielles

4.1. Das Einzelgericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der *Sachverhalt unbestritten* oder *sofort beweisbar* und die *Rechtslage klar* ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Kein materieller Entscheid ergeht, wenn das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eintreten kann, weil die Voraussetzungen für ein solches Verfahren fehlen, namentlich der *Sachverhalt nicht liquid* ist oder *kein klares Recht* vorliegt. In seinem solchen Fall ist der Streitgegenstand noch nicht abgeurteilt und es obliegt dem Gesuchsteller (vorliegend der Klägerin), einen ordentlichen Prozess anzustreben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, N 31 zu Art. 257 ZPO). Dass die beiden Voraussetzungen im Sinne von Art. 257 Abs. 1 ZPO vorliegen, hat der Gesuchsteller zu beweisen. Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beweisstrengebeschränkung unterliegt, sondern der *volle Beweis* zu erbringen ist.

Klares Recht liegt vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht (BGE 118 II 304 Erw. 3). Eine klare Rechtslage ist somit nicht nur dann gegeben, wenn bereits der Gesetzeswortlaut die genaue Bedeutung

einer Vorschrift ergibt, sondern auch dann, wenn die Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Rechtssätze, die Ermessen oder eine Würdigung der Umstände verlangen, stellen kein klares Recht dar (vgl. dazu KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 7 zu Art. 257 ZPO).

Bestreitet der Gesuchsgegner (vorliegend der Beklagte) die vom Gesuchsteller behaupteten *Tatsachen (Sachverhalt)*, trifft den Gesuchsgegner lediglich eine Behauptungslast. Er hat seine Einwendungen und Einreden nicht einmal glaubhaft zu machen. Für den Gesuchsteller bedeutet dies im Gegenzug, dass er – entgegen Art. 8 ZGB – zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 11 zu Art. 257 ZPO). Allerdings reichen *offensichtlich unbegründete bzw. haltlose* Behauptungen seitens des Gesuchsgegners nicht aus, um das Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen aufzuhalten (vgl. ZR 2008 Nr. 13). Diesfalls darf nach den Grundsätzen der antizipierten Beweiswürdigung von der Abnahme der vom Gesuchsgegner angerufenen Beweismittel abgesehen werden. Allerdings ist dabei Zurückhaltung geboten, da nicht nur das Gleichbehandlungsgebot, sondern auch das Gebot der Waffengleichheit zu beachten sind. Dies hat zur Folge, dass im Falle des bestrittenen Sachverhalts nur dann Rechtsschutz nach Art. 257 ZPO gewährt werden kann, wenn die bestrittenen Tatsachen durch die sofort verfügbaren Beweismittel ohne Weiteres bewiesen werden können. Eine eigentliche Beweiswürdigung im Sinne eines Auswählens und Abwägens zwischen den verschiedenen Beweismitteln ist diesem Verfahren generell verwehrt bzw. dem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren vorbehalten (statt vieler Göksu, DIKE-Komm-ZPO, N 8 zu Art. 257 ZPO). Daraus erhellt, dass sich das Gericht bei der Abnahme von Beweismitteln – selbst wenn der Rechtsschutz in klaren Fällen den Regeln des summarischen Verfahrens untersteht und damit die Bestimmungen von Art. 248 ff. ZPO und somit auch diejenigen von Art. 254 ZPO über die Beweismittel zur Anwendung gelangen – grundsätzlich auf Urkunden zu beschränken hat (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, N 5 zu Art. 257 ZPO; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, N 12 zu Art. 257 ZPO; Güksu, DIKE-Komm-ZPO, N 8 zu Art. 257 ZPO). Zusätzliche Beweismittel im Sinne von Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO dürften aufgrund

des bereits eingeschränkten Verfahrenszwecks beim Rechtsschutz in klaren Fällen ohnehin entfallen.

4.2. *Zur Voraussetzung der klaren Rechtslage (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO):* Die Parteien haben einen bis am 30. April 2011 befristeten Mietvertrag mit Verlängerungsoption abgeschlossen. Diesbezüglich wurde vereinbart, dass der Beklagte der Klägerin bis Ende April 2010 *schriftlich* anzeigen kann, dass er das Mietobjekt für weitere drei Jahre mietet (act. 4/2 S. 6, Anhang I). Unterlässt er eine derartige Anzeige, endet das Mietverhältnis am 30. April 2011 automatisch (Art. 255 Abs. 2 OR). Vorliegend ist die rechtswirksame Ausübung der Verlängerungsoption wie gesehen an die Formvorschrift der *Schriftlichkeit* gebunden. Dies bedeutet, dass von Gesetzes wegen vermutet wird, dass die Parteien vor Erfüllung der vereinbarten Form nicht verpflichtet sein wollen (Art. 16 Abs. 1 OR). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (act. 17 S. 4 ff.), gilt bei *Abreden auf schriftliche Form ohne nähere Bezeichnung* – wie dies hier der Fall ist und von keiner der Parteien bestritten wird – die *gesetzlich vorgeschriebene Schriftlichkeit* im Sinne von Art. 13 Abs. 1 OR (Art. 16 Abs. 2 OR). Demnach muss ein Vertrag, für den die schriftliche Form vorgesehen ist, die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet sein wollen. Daraus folgt, dass die vereinbarte Verlängerungsoption nur dann rechtsgültig wahrgenommen ist, wenn der Beklagte der Klägerin schriftlich *und* mit Unterschrift versehen bis Ende April 2010 entsprechende Mitteilung macht. Da der Beklagte das streitgegenständliche Schreiben vom 18. Februar 2010 jedoch unbestritten nicht unterzeichnete und ein solches auch von seinem Treuhänder nicht versandt wurde (Prot. I S. 7 f.), fehlt es an der Einhaltung der genannten Formvorschriften und damit an der rechtswirksamen Ausübung des Optionsrechts. Damit endete das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis *grundsätzlich* am 30. April 2011, womit sich der Beklagte ab diesem Zeitpunkt ohne Rechtstitel in den Mieträumlichkeiten der Klägerin als deren Eigentümerin aufhielt. Soweit ist die Rechtslage klar.

4.2.1. Vorliegend ist allerdings entscheidend, dass der Beklagte der Klägerin das Schreiben (act. 9/2) nicht nur rechtzeitig, sondern sogar höchstpersönlich am 13. März 2010 im Büro vorbei brachte und es E._____, dem Buchhalter der Klägerin, übergab (Prot. I S. 8). Aus diesem Umstand darf ohne Weiteres abgeleitet

werden, dass beiden Parteien klar war, dass der Beklagte die Verlängerungsoption vorbehaltlos ausüben wollte. Damit stellt sich die Frage, ob sich die Klägerin bei dieser Ausgangslage überhaupt auf die fehlende Formvorschrift bzw. auf Art. 16 Abs. 1 OR berufen kann.

Gemäss einhelliger Lehre und Rechtsprechung findet die Berufung auf Formmängel ihre Grenze im Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB, was bedeutet, dass der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet (statt vieler Honsell, BSK ZGB I, 4. Aufl., Basel 2010, N 45 ff. zu Art. 2 ZGB). Für die Klägerin war der Formfehler des streitgegenständlichen Schreibens, d.h. die fehlende Unterschrift, unschwer erkennbar. Ihr war – wie ausgeführt – offensichtlich auch bekannt, dass der Kläger die Restauranträumlichkeiten um weitere drei Jahre mieten wollte. Dennoch leitete sie rund ein Jahr nach Erhalt des genannten Schreibens ein Ausweisungsbegehren gegen den Beklagten ein. Vor diesem Hintergrund erscheint ihre Berufung auf die fehlende Unterschrift und damit auf die Nichtausübung der Verlängerungsoption *grundsätzlich* als Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot.

4.2.2. Der Klägerin kann jedoch dann keine Rechtsmissbräuchlichkeit vorgeworfen werden, wenn sie den Beklagten, wie von ihr behauptet (Prot. I S. 6), auf die fehlende Unterschrift hingewiesen hat, denn dann wäre sie ihren Verpflichtungen bzw. Obliegenheiten als nach Treu und Glauben handelnde Vertragspartnerin ohne Weiteres nachgekommen und es hätte in der Risikosphäre des Beklagten gelegen, den Formfehler fristgerecht zu beheben. Damit stellt sich gleichzeitig die Frage, ob der Sachverhalt diesbezüglich liquid ist:

4.3. *Zur Voraussetzung des unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalts (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO):* Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Zeuge E._____ dem Beklagten anlässlich der Übergabe des streitgegenständlichen Schreibens am 13. März 2010 gesagt habe, dass das Verlängerungsschreiben keine Unterschrift enthalte, womit fraglich sei, ob es rechtsgültig sei (Prot. I S. 6 f., act. 11 S. 3 Mitte und act. 28 S. 6). Zwar bestreitet der Beklagte nicht, dass er das Schreiben nicht unterzeichnet hat, doch bestreitet er deutlich, auf die fehlende Unterschrift hingewiesen worden zu sein. So führte er anlässlich der erstin-

stanzlichen Hauptverhandlung aus, E._____ habe ihm (bloss) gesagt, dass er den Brief auf den Tisch des Geschäftsführers legen werde (Prot. I S. 7 unten). Er machte auch nicht geltend, er sei davon ausgegangen, dass der Brief *nachträglich* noch von seinem Treuhänder unterzeichnet und nachgeschickt werde, was ein klares Indiz dafür gewesen wäre, dass der behauptete Hinweis gemacht wurde, sondern er führte aus, er sei deshalb persönlich bei der Klägerin vorbei gegangen, weil er von dieser keine Antwort erhalten habe, obwohl er davon ausgegangen sei, sein Treuhänder habe den Brief längst geschickt (Prot. I S. 8 oben). Der Treuhänder soll also vor ihm aktiv gewesen sein. Damit liegt hinsichtlich des erforderlichen Hinweises im Sinne von Art. 2 ZGB ein *bestrittener* Sachverhalt vor. Dies hat die Vorinstanz denn auch zutreffend erkannt.

4.3.1. Für die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen hat der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar zu sein. Wenn allerdings über Einreden und Einwendungen im Sinne von Bestreitungen sogleich entschieden werden kann, vermögen diese keine Illiquidität zu erzeugen. Doch gilt dies nur für den Fall, dass die Einwendungen offensichtlich unbegründet bzw. haltlos sind. Davon kann vorliegend nur schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin den Beklagten nachweislich erst im April 2011 bezüglich des auslaufenden Mietverhältnisses kontaktierte (act. 4/3-4) und der Beklagte in seinem Antwortschreiben vom 28. April 2011 im Gegenzug festhielt, dass er bereits im Februar 2010 von der Verlängerungsoption Gebrauch gemacht habe (act. 4/5).

Damit bleibt einzig noch zu prüfen, ob die Einrede des Beklagten, nicht auf die fehlende Unterschrift hingewiesen worden zu sein, seitens der Klägerin mit geeigneten Beweismitteln sofort entkräftet werden kann. Dazu hat die Vorinstanz den von der Klägerin direkt an die Hauptverhandlung mitgebrachten E._____ (Buchhalter) als Zeugen einvernommen (act. 11) und in ihrem Urteil vom 27. Juni 2011 eine mithin umfangreiche Würdigung der Aussagen dieses Zeugen in Gegenüberstellung mit den Aussagen des Beklagten vorgenommen (act. 27 S. 6 ff.). Offensichtlich wurde das Kriterium der sofortigen Beweisbarkeit darin gesehen, dass der Zeuge E._____ bereits anwesend war und das Verfahren durch dessen Einvernahme nicht wesentlich verzögert wurde (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Dies mag

zwar allenfalls zutreffend sein, doch ist dem Rechtsschutz in klaren Fällen eine Beweiswürdigung, wie sie vorliegend gemacht wurde, per se verwehrt:

4.3.2. Einerseits ist zu beachten, dass die erforderlichen liquiden Verhältnisse im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO *nicht erst durch ein Beweisverfahren geschaffen werden* dürfen, sondern bereits von Anfang an vorliegen müssen. Mit anderen Worten sollen die liquiden Verhältnisse durch das beigebrachte Beweismittel bloss noch bestätigt werden. Das Gericht muss daher zur Auffassung gelangen, dass die vom Gesuchsteller behauptete Sachlage durch keine anderen Beweismittel mehr umgestossen werden kann bzw. sich der Sachverhalt aufgrund des eingereichten Beweismittels nicht anders zugetragen haben kann als so, wie der Gesuchsteller dies geltend macht. Hegt es diesbezüglich Zweifel, ist der Sachverhalt illiquid. Andererseits ist wie erwähnt zu beachten (vgl. vorstehend Ziff. 4.1), dass es dem ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren vorbehalten ist, den eingereichten Beweismitteln des Gesuchstellers allfällige Beweismittel des Gesuchsgegners dergestalt gegenüberzustellen, dass ein eigentliches Beweisverfahren in Gang gesetzt wird. Der Rechtsschutz in klaren Fällen erlaubt es nicht abzuwägen, welche Zeugenaussage gestützt auf welches Aussageverhalten *glaubhafter* ist als die andere. Diesbezüglich hat die Vorinstanz ihre Kompetenz deutlich überschritten; das von ihr gewählte Vorgehen widerspricht dem Verfahrensrecht von Art. 257 ZPO. Jenes Verfahren ist nicht deshalb abgekürzt, weil man zugunsten eines raschen Entscheids einen allenfalls inhaltlich falschen Entscheid in Kauf nehmen will, sondern weil der übliche Verfahrensgang einen leeren Prozesslauf darstellen würde und sich dies schon im Voraus so zeigt. Daraus erhellt gleichzeitig, dass die Zeugeneinvernahme im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen in der Tat ein weitgehend untaugliches Beweismittel darstellt.

4.3.3. Weiter wurde vorliegend durch die Einvernahme des Zeugen E._____ auch gegen das Gleichbehandlungsgebot und damit gegen das Gebot der Waffengleichheit verstossen, denn dem Beklagten war es nicht möglich, sich rechtzeitig mit einem geeigneten Beweismittel gegen die klägerische Behauptung des Hinweises auf die fehlende Unterschrift zur Wehr zu setzen. Da ihn aber ohnehin lediglich eine Behauptungslast im Sinne einer Bestreitungslast trifft und die genannten Einreden wie gesehen nicht als offensichtlich haltlos bzw. unbegründet abgetan wer-

den können und demzufolge ein Nichteintretensentscheid im Sinne von Art. 257 Abs. 3 ZPO hätte ergehen müssen, entfaltet der Verstoß keine Rechtsnachteile. Die beklagten Einwendungen hinsichtlich der Sprachkenntnisse (act. 18 S. 4 f.) sind hingegen wie von der Klägerin zurecht beanstandet (act. 28 S. 3 f.), nicht zu hören, war der Beklagte in der Vorladung doch explizit darauf hingewiesen, sich zu melden, sollte er einen Dolmetscher benötigen (act. 10 S. 2). Dem beklagten Antrag ist jedoch so oder anders – aufgrund der Verletzung von Verfahrensvorschriften – stattzugeben, womit es sich auch erübrigt, auf seine weiteren Ausführungen in der Berufungsschrift hinsichtlich der behaupteten Vertragsanpassung (Benutzung und Erweiterung der Räumlichkeiten) einzugehen (act. 18 S. 5).

4.4. Damit erweist sich die Berufung des Beklagten als begründet, weshalb sie gutzuheissen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf aufzuheben ist. Auf das klägerische Ausweisungsbegehren vom 6. Mai 2011 ist zufolge Illiquidität nicht einzutreten. Die Klägerin ist auf das ordentliche bzw. das vereinfachte Verfahren zu verweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Obsiegt der Beklagte, ist auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben, wobei kein Anlass besteht, die Kostenfestsetzung (Höhe) gemäss Dispositivziffer 4 des angefochtenen Entscheids (act. 17 S. 10) zu ändern. Sie ist zu bestätigen (vgl. auch nachstehend Ziff. 5.2). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO ist sowohl die erstinstanzliche als auch die zweitinstanzliche Entscheidgebühr der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen. Die Klägerin leistete für das erstinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 9'100.– (act. 5 und 6), mit dem die Kosten (Entscheidgebühr) des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens im Sinne von Art. 111 ZPO zu verrechnen sind. Dem Beklagten ist der von ihm für das Berufungsverfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten. Weiter wird die Klägerin aufgrund ihres Unterliegens für beide Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 ZPO). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte erst im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten war.

5.2. Für die Festsetzung der Gerichtskosten ist der Streitwert massgebend. Ausgehend von der strittigen Verlängerung des Mietvertrags um drei Jahre (von Mai 2011 bis Ende April 2014) und dem monatlich geschuldeten Bruttomietzins von Fr. 5'170.– (act. 4/2 S. 3 und 6), ist der Streitwert – wie dies die Vorinstanz zutreffend getan hat (act. 17 S. 8 f.) – auf Fr. 186'120.– festzusetzen (3 x 12 x 5'170.–). Daraus resultiert gestützt auf Art. 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 GebV OG eine normale Grundgebühr von Fr. 12'195.–. Es rechtfertigt sich, diese in Anwendung von § 4 Abs. 3 (wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen) und § 8 GebV OG (summarisches Verfahren) auf Fr. 3'000.– zu reduzieren.

5.3. Der Beklagte beantragte für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteient-schädigung, weshalb ihm auch keine solche zuzusprechen ist. Diesbezüglich bleibt es bei der Aufhebung von Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids (act. 17 S. 10). Im Berufungsverfahren verlangte er hingegen ausdrücklich eine Parteient-schädigung (act. 18 S. 2). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 186'120.– ergibt sich gestützt auf § 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 AnwGebV eine Grundgebühr von Fr. 15'414.–. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 3 i.V.m. § 9 AnwGebV auf Fr. 3'850.– zu re-duzieren. Da der Beklagte erst im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten war, ist von einer weiteren Gebührenherabsetzung im Sinne von § 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV abzusehen (§ 12 Abs. 3 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht zuzusprechen, da kein solcher verlangt wurde (vgl. das Kreisschreiben der Verwal-tungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006, S. 3).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf vom 27. Juni 2011 aufgehoben. Auf das Begehren der Klägerin vom 6. Mai 2011 wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

4. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens (Fr. 6'500.–) werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 9'100.– bezogen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Beklagten den von ihm für das Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'850.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 28), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.
8. 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 186'120.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat **keine aufschiebende Wirkung**.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: