

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF130033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 1. Juli 2013

in Sachen

**Familienstiftung A.\_\_\_\_\_**,  
Klägerin und Berufungsklägerin,

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_**,  
2. **C.\_\_\_\_\_**,  
Beklagte und Berufungsbeklagte,

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

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 19. April 2013 (ER130024)

### Erwägungen:

1.1 Mit Eingabe vom 17. April 2013 stellte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach folgendes Rechtsbegehren (sinngemäss) um Gewährung von Rechtsschutz in klaren Fällen (act. 1):

"Es sei den Beklagten 1 und 2 unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die 3-Zimmerwohnung im 1. Stock an der D. \_\_\_\_\_-Strasse ... in E. \_\_\_\_\_ zu räumen und zu verlassen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten 1 und 2, unter solidarischer Haftung."

Mit Verfügung vom 19. April 2013 trat die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 3 = act. 6).

1.2 Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 30. April 2013 innert Frist Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und stellte dasselbe Rechtsbegehren wie vor Vorinstanz (act. 7). Der mit Verfügung der Kammer vom 7. Mai 2013 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 1'400.– ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 10 u. 12). Am 16. Mai 2013 reichten die Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) unaufgefordert ein Schreiben mit Beilagen zu den Akten (act. 13 und 14/1-2). Innert angesetzter Frist zur Berufungsantwort (act. 15) liessen sich die Beklagten nicht (mehr) vernehmen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-4). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Klägerin reichte mit der Berufungsschrift neue Beilagen zu den Akten (act. 9/2 u. 3). Im Berufungsverfahren sind neue Beweismittel (Noven) nur beschränkt zulässig (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dabei ist zu unterscheiden zwischen echten Noven, welche erst nach dem Ende der vorinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden sind, und solchen, die bereits davor vorhanden waren (sog. unechte Noven). Echte Noven, die im Berufungsverfahren ohne Verzug vorgebracht werden, sind immer zulässig (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. Aufl., Art. 317 N 56). Demgegenüber können unechte Noven nur noch berücksichtigt werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Beilagen act. 9/2 u.3 stellen unechte Noven dar. Wie

zu zeigen sein wird, kam das Einzelgericht seiner Fragepflicht nach Art. 56 ZPO nicht nach, weshalb die Noven zur Heilung dieses Verfahrensfehlers dennoch zu berücksichtigen sind.

3. Das Einzelgericht führte im angefochtenen Entscheid aus, unter welchen Voraussetzungen Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO gewährt werden kann. Ferner legte es dar, wie eine ausserordentliche Kündigung infolge Zahlungsverzug nach Art. 257d OR zu erfolgen habe und welche Urkunden dafür notwendig seien. Nach Prüfung der von der Klägerin vorgelegten Urkunden kam das Einzelgericht zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Zahlungsverzugskündigung nicht sofort beweisbar seien bzw. die Klägerin die nötigen Unterlagen dazu nicht eingereicht habe. Es trat daher ohne Weiterungen auf das Ausweisungsbegehren nicht ein (act. 6).

3.1 Die Klägerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, das Einzelgericht sei infolge Formfehler nicht auf ihr Rechtsbegehren eingegangen, obwohl alle Fakten für eine Ausweisung gesprochen hätten. Dem Einzelgericht wäre es jedoch möglich gewesen, sie mit einem Telefonanruf auf das Problem aufmerksam zu machen, damit sie – die Klägerin – sämtliche notwendigen Dokumente hätte nachreichen können. Wie die berufsungsweise eingereichten Beilagen zeigen würden, habe sie schliesslich sämtliche, im vorinstanzlichen Entscheid aufgeführten Schritte vorgenommen (act. 7).

3.2 Die Beklagten führten in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2013 sinngemäss aus, sie seien mit der Berufung nicht einverstanden. Herr A. \_\_\_\_\_ habe [den Vergleich; act. 14/1 S. 2] unterzeichnet und er sei in Bülach einverstanden gewesen (act. 13).

4.1 Die Klägerin moniert konkret, sie sei durch das Einzelgericht nicht aufgefordert worden, ihre Eingabe zu verbessern bzw. mit den nötigen Beweismitteln zu versehen. Dazu Folgendes: Das Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen richtet sich nach den Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 257 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 252 ff. ZPO). Das verfahrenseinleitende Gesuch hat die relevanten Tatsachen zu enthalten, und die vorhandenen Beweismittel sind beizu-

legen (ZK ZPO-Chevalier, 2. Aufl., Art. 252 N 8 u. 10). Da für die Sachverhaltsfeststellung auch bei Mieterausweisungen umfassend die Verhandlungsmaxime gilt (Art. 255 ZPO e contrario; vgl. dazu ZK ZPO-SuttermSomm/Lötscher, 2. Aufl., Art. 257 N 38b; DIKE-Komm-ZPO-Kaufmann, Art. 255 N 17, Online-Stand 30. April 2013; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 255 N 3), blieb für das Einzelgericht kein Raum, um von Amtes die Klägerin nach Tatsachen und Beweismitteln zu fragen sowie allenfalls auch selber danach zu forschen. Zu prüfen ist allerdings, ob es gestützt auf die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO verpflichtet gewesen wäre, entweder die Klägerin zur Vervollständigung ihres Gesuches und der Beweismittel schriftlich aufzufordern oder sie im Rahmen einer mündlichen Hauptverhandlung danach zu fragen.

Bei Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz (Art. 55 Abs. 1 ZPO) beherrscht werden, ist es an sich allein Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Dieser Grundsatz wird gemildert, indem nach Art. 56 ZPO das Gericht einer Partei, deren Vorbringen widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig bleiben, durch entsprechende Fragen Gelegenheit gibt zur Klarstellung und Ergänzung. Die gerichtliche Fragepflicht bezieht sich hierbei auf das Tatsächliche des Rechtsstreits (vgl. DIKE Komm ZPO-Glasl, Art. 56 N 4, Online-Stand 16. April 2012). Wie aber aus der Formulierung von Art. 56 ZPO ("bleibt das Vorbringen..") erhellt, entbindet die Fragepflicht die Parteien nicht von ihrer prozessualen Obliegenheit, die rechtserheblichen Tatsachen genügend substantiiert und vollständig darzulegen. Die Fragepflicht greift daher nur hinsichtlich bereits Vorgebrachtem, sofern dieses unklar, unvollständig oder unbestimmt geblieben ist. Mit anderen Worten ist Voraussetzung, dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet wurde und lediglich in gewissen Richtungen (erkennbarerweise) der Vervollständigung bedarf (vgl. ZR 104/2005 S. 25 m.H.). Damit kann die gerichtliche Fragepflicht verletzt sein, wenn das Gericht eine Klage zufolge mangelhaften, aber im Sinne der vorstehenden Erwägungen doch rudimentär behaupteten Vorbringen abweist, ohne die klagende Partei zuvor auf diese Mängel hingewiesen zu haben (vgl. DIKE Komm ZPO, Art. 56 N 5, Online-Stand 16. April 2012).

4.2 Das Einzelgericht kam in Würdigung der klägerischen tatsächlichen Vorbringen in erster Linie zum Schluss, dass die Klägerin zwar behauptet habe (vgl. act. 1 S. 1), den Beklagten die Kündigung der Wohnung mindestens zehnmal angedroht zu haben. Damit könne aber nicht nachvollzogen werden, ob sie die gesetzlich vorgesehene Zahlungsfrist (vgl. Art. 257d Abs. 1 OR) tatsächlich gewährt habe. Ferner erwog das Einzelgericht, selbst wenn die Klägerin diesen Nachweis hätte erbringen können, ergebe sich aus den Akten bzw. dem ins Recht gelegten Kündigungsschreiben vom 5. März 2013 (Hinweis auf act. 2/5), dass dafür zwar das amtliche Formular verwendet worden sei, jedoch darauf der Adressat der Kündigung nicht vermerkt sei und daher nicht eruiert werden könne, wem das Kündigungsschreiben zugestellt worden sei. Sodann liege nur ein Kündigungsschreiben bei den Akten, obwohl je ein separates Kündigungsschreiben hätte zugestellt werden müssen. Infolgedessen müsse davon ausgegangen werden, dass die Formvorschriften von Art. 257d OR und Art. 266n OR mehrfach nicht eingehalten worden seien und damit die ausserordentliche Kündigung vom 5. März 2013 auf Ende April 2013 nicht gültig sei (act. 6 S. 4 f.).

Aus den Erwägungen erhellt, dass die Klägerin vor Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen für eine Kündigung infolge Zahlungsverzugs – soweit es ihr als Laie möglich war – (mindestens) andeutungsweise vorgebracht hat. Insbesondere behauptete sie, den Beklagten die Kündigung angedroht zu haben. Als Beleg dazu reichte sie berufsungsweise zwei separate Schreiben betreffend Kündigungsandrohung vom 18. Februar 2013, versehen mit Postquittungen, zu den Akten (act. 9/2 u. 3). Ferner legte die Klägerin bereits vor Vorinstanz ein Kündigungsschreiben ins Recht (act. 2/5). Insgesamt ergibt sich daraus, dass die gerichtliche Fragepflicht verletzt worden ist, indem das Einzelgericht die Klägerin weder schriftlich noch anlässlich einer Hauptverhandlung auf die Mängel ihrer tatsächlichen Vorbringen hingewiesen hat. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid kann indes aus folgenden Gründen abgesehen werden: Aus der angefochtenen Verfügung geht deutlich hervor, welche Urkunden (Mietvertrag; separate Ansetzung der Zahlungsfrist und Kündigungsandrohung; separate Kündigungen) vorliegen müssen, damit ein Ausweisungsbegehren gestützt auf eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR gutgeheissen

werden kann. Die Klägerin reichte zweitinstanzlich zwar zwei an die Beklagten gerichtete Schreiben vom 18. Februar 2013 betreffend Fristansetzung / Kündigungsandrohung sowie die dazugehörigen Postquittungen nach (act. 9/2 u. 3). Ob sie den Beklagten auch das Kündigungsschreiben separat zugestellt hat, geht aus den Akten nicht hervor und wurde daher nicht sofort bewiesen. Es liegt nach wie vor nur *ein* nicht adressiertes Kündigungsschreiben vom 5. März 2013 vor (act. 2/5).

4.3. Aufgrund der dargelegten Erwägungen vermögen die von der Klägerin erhobenen Einwendungen den rechtlich relevanten Sachverhalt hinsichtlich der Gültigkeit der Kündigung nicht liquid im Sinne des Art. 257 Abs. 1 ZPO zu machen. Die Berufung erweist sich daher als unbegründet, weshalb die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 19. April 2013 zu bestätigen ist.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt (vgl. act. 10 S. 2). Mangels entsprechendem Antrag ist den Beklagten keine Entschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 19. April 2013 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Eine Umtriebsentschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Bülach, 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'460.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: