

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Beschluss und Urteil vom 7. April 2016

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch D._____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Be-
zirksgerichtes Winterthur vom 15. Januar 2016 (ER150097)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

1. Der Beklagte sei zu verurteilen, die Liegenschaft an der E._____strasse ..., ... Winterthur (Grundstück Nr. ...) vollständig und unverzüglich zu räumen und den Klägern ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das Stadtammannamt Winterthur-Wülflingen sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Kläger zu vollstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur:

(act. 15 = act. 19)

(Verfügung)

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. [Mitteilung]
3. [Rechtsmittelbelehrung]

(Urteil)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, die Liegenschaft an der E._____str. ... in ... Winterthur vollumfänglich und unverzüglich zu räumen und den Klägern ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Kläger, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kläger haben die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihnen vom Beklagten zu ersetzen.

3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird von den Klägern unter solidarischer Haftung bezogen, ist ihnen aber vom Beklagten zu ersetzen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 1'400.– zu bezahlen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 ZPO]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 20):

(Berufungsanträge)

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur Geschäfts-Nr. ER150097 vom 15. Januar 2016 sei bezüglich folgender Ziffern des Dispositivs aufzuheben:
Ziffer 1 auf Seite 16: Auf das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten betreffend Liegenschaft E. _____strasse ..., ... Winterthur sei nicht einzutreten.
Ziffer 2 auf Seite 16: Sei ersatzlos zu streichen.
Ziffer 3 auf Seite 17: Die Kosten seien bei den Berufungsbeklagten zu belassen.
Ziffer 4 auf Seite 17: Ausgangsgemäss seien die Entschädigungsfolgen neu zu regeln und die Berufungsbeklagten seien zu einer angemessenen Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer an den Berufungskläger zu verpflichten.
2. Eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.

(Verfahrensanträge)

4. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen.
5. Dem Berufungskläger sei in meiner Person ein unentgeltlicher Rechtsvertreter für dieses Berufungsverfahren zu bestellen.

6. Auf einen Kostenvorschuss bzw. Kaution für das Berufungsverfahren sei zu verzichten.
7. Es seien die Akten des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur Geschäfts-Nr. ER150097 beizuziehen.

der Kläger und Berufungsbeklagten (act. 26):

1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur, Geschäfts-Nr. ER150097 vom 15. Januar 2015 sei vollumfänglich zu bestätigen.
2. Gemäss Urteil vom 15. Januar 2015 Ziffer 1 auf Seite 16 sei der Berufungskläger zu verpflichten, die Liegenschaft an der E._____strasse ... in ... Winterthur vollumfänglich und unverzüglich zu räumen und den Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
3. Das Stadtammannamt Wülflingen-Winterthur sei anzuweisen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Berufungsbeklagten, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungskläger aufzuerlegen.
5. Der Berufungskläger sei zur Zahlung einer angemessenen Parteienschädigung (inkl. MWSt) an die Berufungsbeklagten zu verpflichten.
6. Das Gesuch des Berufungsklägers auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren sei abzuweisen.

Der Berufungskläger sei zu verpflichten, für das Berufungsverfahren einen angemessenen Kostenvorschuss zu leisten.

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

Der Beklagte und Berufungskläger (im Folgenden: Beklagter) wohnt in der Liegenschaft E._____strasse ... in Winterthur, die im Eigentum der F._____ Liegenschaft AG (im Folgenden: F._____) war. Der Beklagte ist Aktionär dieser Gesellschaft. Am 23. Dezember 2014 schloss der Beklagte zwei Untermietverträge über Teile der Liegenschaft E._____strasse ... ab (act. 3/1 und 3/2). Am 24. Dezember 2014 teilte die F._____ dem Beklagten mit, dass sie die Liegenschaft E._____strasse ... verkaufe und den Mietvertrag per 30. April 2015 kündige (act. 3/3). Mit Eingabe vom 27. Januar 2015 focht der Beklagte bei der Schlichtungsbehörde Winterthur die Kündigung an und stellte den Antrag, die Kündigung sei als ungültig und missbräuchlich zu erklären, eventualiter sei das Mietverhältnis zu erstrecken (act. 3/4). Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren gelangte die F._____ mit Eingabe vom 18. Mai 2015 an das Mietgericht Winterthur, das unter der Geschäfts-Nummer MB150005 ein Verfahren betreffend Anfechtung Kündigung / Erstreckung Mietverhältnis anlegte (act. 3/6).

Am 12. Juni 2015 verkaufte die F._____ die Liegenschaft an die Kläger. Am gleichen Tag erfolgte die Grundbuchanmeldung (act. 3/7). Am 21. Juli 2015 teilte die I._____ GmbH dem Beklagten mit, dass sie die neuen Besitzer vertreten würden. Der Mietzins sei ab dem 1. Juli 2015 auf ein im Schreiben genanntes Konto zu überweisen (act. 3/10). Mit Eingabe vom 23. Juli 2015 teilte die F._____ dem Mietgericht mit, dass das streitbetroffene Mietobjekt per 16. Juni 2015 an die Kläger übertragen worden sei (act. 3/14, act. 13 und 15 im Verfahren MB150005). Am 3. August 2015 mahnte die I._____ GmbH den Beklagten für die ausstehenden Mietzinse Juli und August 2015 im Gesamtbetrag von CHF 5'000.00. Sie forderte den Beklagten auf, den ausstehenden Betrag innert 30 Tagen auf das Konto der I._____ GmbH bei der Migros Bank AG in Winterthur zu überweisen. Sofern die Zahlung nicht vollständig und fristgerecht erfolge, werde der Mietvertrag nach Art. 257d Abs. 2 OR aufgelöst (act. 3/12). Am 10. August 2015 bewilligte das Mietgericht den am 23. Juli 2015 beantragten Parteiwechsel und stellte dem Be-

klagten die Doppel der Eingaben der F._____ zu. Dieser Entscheid wurde am 12. August 2015 versandt (act. 3/14). Am 14. September 2015 sprach die I._____ GmbH im Namen der Kläger die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrages gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR per 31. Oktober 2015 aus (act. 3/15). Am 9. Oktober 2015 entschied das Mietgericht Winterthur, das Verfahren MB150005 werde einstweilen bis zum Abschluss des Schlichtungsverfahrens betreffend Anfechtung der ausserordentlichen Kündigung vom 14. September 2015 resp. bis zum rechtskräftigen Entscheid betreffend des angekündigten und allenfalls noch einzuleitenden Ausweisungsverfahrens sistiert (act. 3/21).

Mit Eingabe vom 6. November 2015 stellten die Kläger beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur ein Ausweisungsbegehren gegen den Beklagten (act. 1). Nach durchgeführtem Verfahren hiess das Bezirksgericht Winterthur am 15. Januar 2016 das Ausweisungsbegehren gut und wies das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (act. 19). Dieser Entscheid wurde dem Beklagten am 20. Januar 2016 zugestellt (act. 16). Mit separaten Eingaben vom 2. Februar 2016 (Datum Eingang) erhob der Beklagte Beschwerde bezüglich der Abweisung des Begehrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Berufung bezüglich der Gutheissung des Ausweisungsbegehrens. Über die Beschwerde wird in einem separaten Verfahren entschieden (Geschäfts-Nr. PF160005). Mit Verfügung vom 9. März 2016 wurde den Beklagten – damals noch durch Rechtsanwalt Dr. Y._____ vertreten – Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 24). Am 21. März 2016 wurde auf dem Briefpapier der I._____ GmbH eine von D._____ unterzeichnete Berufungsantwort eingereicht (act. 26). Mit Eingabe vom 22. März 2016 teilte Rechtsanwalt Y._____ mit, dass er die Kläger nicht mehr vertrete (act. 29). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog zunächst, zwischen dem Beklagten und der F._____ habe kein schriftlicher Mietvertrag bestanden, weshalb von einem faktischen Mietverhältnis auszugehen sei. Dieses sei durch den Eigentumswechsel von der F._____ auf die Kläger übergegangen. Dem Beklagten sei am 5. August 2015 die Abho-

lungseinladung für die Mahnung vom 3. August 2015 in den Briefkasten gelegt worden. Der Beklagte habe die Sendung auf der Post nicht abgeholt. Sie gelte als am 12. August 2015 zugestellt. Am 16. September 2015 sei dem Beklagten die Kündigung vom 14. September 2015 zur Abholung gemeldet worden. Auch diese Sendung sei vom Beklagten nicht abgeholt worden, weshalb die Kündigung am 17. September 2015 als zugestellt gelte. Da der Beklagte innert der bis am 11. September 2015 laufenden Zahlungsfrist nichts bezahlt habe, sei der Mietvertrag mit der Kündigung gültig per 31. Oktober 2015 aufgelöst worden. Die Frage, ob der Mietzins CHF 2'000.00 – so die Behauptung des Beklagten – oder gemäss Kläger CHF 2'500.00 pro Monate betrage, sei nicht relevant, da der Beklagte innert der bis am 11. September 2015 laufenden Zahlungsfrist nichts bezahlt habe.

Der Beklagte habe zunächst eingewendet, G._____, der im Namen der F.____ den Kaufvertrag mit den Klägern geschlossen habe, sei dazu nicht befugt gewesen. Diesen Einwand verwarf die Vorinstanz mit der Begründung, G._____ sei einziges Mitglied des Verwaltungsrates der F._____ gewesen und habe über die Einzelzeichnungsberechtigung verfügt. Es bestünden keine Anzeichen dafür, dass G._____ seine Vertretungsbefugnis überschritten habe. Mit der Eintragung im Grundbuch sei das Eigentum an der Liegenschaft und damit auch das Mietverhältnis auf die Kläger übergegangen. Die Frage, ob G._____ im Innenverhältnis der Gesellschaft seine Kompetenz überschritten habe, sei nicht entscheidrelevant.

Der Beklagte habe weiter vorgebracht, ihm sei die I._____ GmbH unbekannt gewesen. Als er das Schreiben vom 21. Juli 2015 (act. 3/10) erhalten habe, sei ihm noch nicht einmal die Veräusserung der Liegenschaft angezeigt worden. Dem Schreiben habe keine Vollmacht beigelegt. Die Gesellschaft habe lediglich behauptet, sie sei Generalbevollmächtigte der Käufer. Der Beklagte habe sich auf den Standpunkt gestellt, er habe das Schreiben ignorieren können. Die Vorinstanz führte dazu aus, dass der Mieter in analoger Anwendung von Art. 167 OR den Mietzins trotz Übertragung des Eigentums an der Mietliegenschaft weiterhin befreiend an den ursprünglichen Vermieter bezahlen könne, solange ihm der Wechsel der Vermieterschaft nicht angezeigt worden sei. Im Allgemeinen obliege

es nicht dem Mieter, dauernd im Grundbuch nachzuforschen, ob ein Eigentümerwechsel stattgefunden habe. Die Fiktion gemäss Art. 970 Abs. 4 ZGB, wonach Einträge im Grundbuch als bekannt vorausgesetzt werden, gelte für den Mieter nicht. Lägen indes begründete Anhaltspunkte für einen Wechsel der Vermieterschaft infolge Eigentumsübertragung vor, so treffe den Mieter eine entsprechende Erkundigungspflicht und der Gutgläubensschutz nach Art. 167 OR entfalle. Der Beklagte, der geltend gemacht habe, der Mietzins von CHF 2'000.00 sei jeweils monatlich durch Verrechnung mit einer Forderung des Beklagten gegenüber der F. _____ getilgt worden (9 S. 3), habe nicht explizit behauptet, dass auch die Mietzinse Juli und August 2015 durch Verrechnung getilgt worden seien. Er beanstandete lediglich, dass eine Anzeige der Veräusserung der Liegenschaft an ihn unterblieben sei. Aus diesem Umstand allein lasse sich indessen nichts zugunsten des Beklagten ableiten. Denn bereits anlässlich der Kündigung vom 24. Dezember 2014 sei der Beklagte durch die F. _____ darauf hingewiesen worden, dass die Liegenschaft verkauft werde. Diese Sendung habe der Beklagte ebenso in Empfang genommen wie das Schreiben vom 21. Juli 2015, in dem die I. _____ GmbH mitgeteilt habe, dass sie die neuen Besitzer der Liegenschaft als Generalbevollmächtigte vertrete. Dem Beklagten sei somit der Eigentumswechsel angezeigt worden. Ob diese Anzeige rechtsgenügend gewesen sei, könne offen bleiben, da sich für den Beklagten aufgrund der beiden Schreiben zumindest konkrete Anhaltspunkte für einen Verkauf des Mietobjekts und damit einer Änderung der Eigentümer- und Vermieterschaft ergeben hätten. Der Beklagte sei deshalb verpflichtet gewesen, zur Abklärung der Eigentumsverhältnisse Einsicht in das Grundbuch zu nehmen oder sich zumindest anderweitig, beispielsweise durch Kontaktaufnahme mit der F. _____ oder der I. _____ GmbH darüber zu informieren, wer nun Eigentümer sei. Da der Beklagte dies unterlassen habe, könne er sich nicht mehr auf den Gutgläubensschutz nach Art. 167 OR berufen.

Zu Unrecht bringe der Beklagte vor, er schulde keinen Mietzins. Denn er habe nicht bestritten, dass gegenüber der F. _____ der Mietzins von monatlich CHF 2'000.00 jeweils durch Verrechnung getilgt worden sei. Dies bedeutet aber nicht, dass kein Mietzins geschuldet gewesen sei. Mit der Veräusserung der Liegenschaft durch die F. _____ an die Kläger sei der Mietvertrag auf diese überge-

gangen und damit auch die Pflicht des Beklagten, den Klägern den Mietzins zu bezahlen. Unbestrittenermassen habe der Beklagte die Mietzinse Juli und August 2015 nicht bezahlt. Die Kläger hätten behauptet, der Mietzins betrage CHF 2'500.00. Die Behauptung des Beklagten, der Mietzins betrage CHF 2'000.00 stehe im Widerspruch zum hohen Verkehrswert der Liegenschaft und den im Recht liegenden Untermietverträgen. Doch selbst wenn mit dem Beklagten von einem Mietzins von CHF 2'000.00 ausgegangen werde, erweise sich die Kündigung als gültig, da die Abmahnung eines um CHF 500.00 zu hohen Betrages nicht zur Treuwidrigkeit der Kündigung vom 14. September 2015 führe.

Der Beklagte habe weiter vorgebracht, aus dem Kaufvertrag der Liegenschaft ergebe sich, dass er bis am 30. April 2017 unentgeltlich im Haus verbleiben könne. Eine solche Abrede sei dem Kaufvertrag indes nicht zu entnehmen.

Schliesslich habe der Beklagte vorgebracht, das Mietobjekt sei in der Kündigung vom 24. Dezember 2014 unvollständig beschrieben worden. Dies sei zum einen unzutreffend und zum anderen ohnehin irrelevant, weil vorliegend die Kündigung vom 14. September 2015 zu beurteilen sei.

Entgegen dem Antrag des Beklagten verzichtete die Vorinstanz auf den Beizug der Akten des Mietgerichts sowie auf die Edition verschiedener Unterlagen der F._____.

3. Argumente des Beklagten

Der Beklagte brachte vor, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem faktischen Mietverhältnis ausgegangen. Ein solches läge nur vor, wenn der Beklagte nach Ablauf des Mietverhältnisses in der Mietsache verblieben wäre. Die Vorinstanz hätte entscheiden müssen, ob ein Mietverhältnis nach den Bestimmungen des Obligationenrechts vorliege. Dazu gehöre die Einigung über die vertragswesentlichen Punkte, wozu der Mietzins gehöre. Die Höhe des Mietzinses sei strittig. Nur schon unter diesem Gesichtspunkt liege kein klarer Fall im Sinne von Art. 257 ZPO vor.

Der Beklagte habe mit dem Schreiben vom 21. Juli 2015 (act. 3/10) nichts anfangen können, da ihm die I._____ GmbH unbekannt gewesen sei. Dies habe die Vorinstanz zu Recht festgehalten. Ebenfalls zutreffend sei die vorinstanzliche Erwägung, wonach der Mieter keine Erkundigungspflicht treffe und die Fiktion von Art. 970 Abs. 4 ZGB für ihn nicht gelte. Nicht nachvollziehbar sei indes, dass die Vorinstanz dennoch zum Schluss komme, den Beklagten hätte aufgrund begründeter Anhaltspunkte für den Wechsel des Eigentums an der Mietliegenschaft eine Erkundigungspflicht getroffen.

Im Zeitpunkt der Mahnung vom 21. Juli 2015 sei der Juli-Mietzins längst fällig gewesen, denn es sei gerichtsnotorisch, dass Mietzinse in der Regel per Monatsanfang fällig würden. Der Beklagte habe davon ausgehen können, dass diese Forderung durch Verrechnung mit seiner Forderung gegenüber der F._____ getilgt worden sei. Die Frage, ob auch der Mietzins August 2015 durch Verrechnung getilgt worden sei, sei durch Edition der Unterlagen der F._____ zu klären. Die Vorinstanz habe die Beweismittel nicht abgenommen und insbesondere auch die Akten des Mietgerichtes im Geschäft MB150005 nicht beigezogen. Unterlasse es das Gericht im Ausweisungsverfahren, einen Beweis zugunsten einer nicht haltlosen Behauptung des Beklagten abzunehmen, so dürfe es auf das Ausweisungsbegehren nicht eintreten.

Beweis hätte auch über die Behauptung des Beklagten abgenommen werden müssen, wonach er aufgrund des Kaufvertrages berechtigt sei, bis am 30. April 2017 in der Liegenschaft zu verbleiben, ohne den Klägern einen Mietzins zu bezahlen.

Die F._____ sei zur Schlichtungsverhandlung, bei der es um die Gültigkeit der Kündigung vom 24. Dezember 2014 gegangen sei, nicht erschienen. Der Beklagte habe deshalb davon ausgehen dürfen, dass die F._____ von der Verkaufsabsicht abgekommen sei. Dieser Umstand werde im Berufungsverfahren als zulässiges Novum vorgebracht, da die Begründung im erstinstanzlichen Entscheid dazu Veranlassung gegeben habe.

4. Argumente der Kläger

Die Kläger halten den angefochtenen Entscheid und dessen Begründung für richtig. Zu Unrecht moniere der Beklagte, die Vorinstanz hätte Beweise abnehmen müssen. Denn die Behauptung, die Mietzinsforderung sei durch Verrechnung getilgt worden, sei nicht stichhaltig, da eine Verrechnungsforderung gegebenenfalls gegenüber der F._____, nicht aber gegenüber den Klägern bestehe. Zudem sei nicht glaubhaft, dass der Mietzins mit einer Forderung des Beklagten gegen die F._____ habe verrechnet werden können, denn dies hätte ein entsprechendes Guthaben des Beklagten vorausgesetzt. Ein solches sei aber nicht vorhanden, was aus den betriebsrechtlichen Akten hervorgehe.

Wenn der Beklagte den Bestand des Mietvertrages bestreite, handle er widersprüchlich, da er selber behauptet habe, der Mietzins betrage CHF 2'000.00. Der Mietzins betrage indes tatsächlich CHF 2'500.00, dies sei den Klägern von der F._____ so mitgeteilt worden.

Dem Beklagten sei der Verkauf der Liegenschaft in der Kündigung vom 24. Dezember 2014 sowie im Schreiben vom 5. Januar 2015 angezeigt worden. Zudem habe der Beklagte anlässlich einer Besichtigung die Vertreter der I._____ GmbH kennengelernt und er habe sogar versucht, durch superprovisorische Verfügung den Verkauf zu verhindern.

Die Behauptung des Beklagten in der Berufungsschrift, wonach er aus dem Nichterscheinen eines Vertreters der F._____ an der Schlichtungsverhandlung habe ableiten können, die Gesellschaft habe von den Verkaufsabsichten Abstand genommen, sei haltlos und stelle ein unzulässiges Novum dar.

Unzutreffend sei die Behauptung des Beklagten, wonach ein Mietzinsausfall im Kaufpreis eingerechnet worden sei. Das Gebäude sei an den Meistbietenden verkauft worden. Für die Kaufpreisbildung relevant seien die katastrophalen Umstände, Abfälle, eventuelle Altlasten und mögliche Entsorgungen gewesen sowie die Annahme, dass der Beklagte beim Auszug die Liegenschaft nicht räumen werde. Zudem liege der Beklagte mit der F._____ im Streit. Es könne deshalb nicht da-

von ausgegangen werden, dass die F._____ zugunsten des Beklagten etwas ausgehandelt habe.

Schliesslich äussern sich die Kläger zu den Ausführungen des Beklagten hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

5. Würdigung

5.1. Die Kläger liessen sich im vorinstanzlichen Verfahren und im Berufungsverfahren bis zur Entgegennahme der Verfügung, mit der ihnen Frist zur Berufungsantwort angesetzt wurde, durch Rechtsanwalt Y._____ vertreten. Mit Eingabe vom 22. März 2016 teilte Rechtsanwalt Y._____ mit, er vertrete die Kläger nicht mehr (act. 29). Mit Schriftsatz vom 21. März 2016 wurde eine Berufungsantwort erstattet, die auf dem Briefpapier der I._____ GmbH verfasst und von D._____ unterzeichnet wurde (act. 26). Die eingereichte Vollmacht lautet sowohl auf die I._____ GmbH als auch auf H._____ und D._____ (act. 27).

Einer prozessfähigen Partei steht es grundsätzlich frei, ihre Sachen vor Gericht selbst zu führen oder eine von ihr bestimmte Vertretung damit zu beauftragen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Die ZPO kennt keinen Anwaltszwang. Als Vertreter kommen indessen, unabhängig davon, ob sie berufsmässig handeln oder nicht, nur natürliche Personen in Frage (OGer ZH PS 150231 mit Hinweis auf: KUKO ZPO-Domej, 2. Auflage, Art. 68 N 9). Eine Vertretung der Kläger durch die I._____ GmbH scheidet damit aus. Da die Vollmacht der Kläger auch auf D._____ lautet, ist zu prüfen, ob dieser berechtigt ist, im Prozess für die Kläger zu handeln.

Da D._____ nicht Anwalt ist, ist er zur Vertretung der Kläger nur befugt, wenn er nicht berufsmässig Prozessvertretungen übernimmt (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO). Soweit bekannt, ist D._____ bisher nicht als Prozessvertreter aufgetreten. Weiter bestehen im vorliegenden Fall keine konkreten Anzeichen dafür, dass D._____ bereit wäre, in einer unbestimmten Zahl von Fällen als Prozessvertreter aufzutreten. Es ist noch von einer nicht berufsmässigen Vertretung auszugehen und D._____ ist als Vertreter der Kläger im Rubrum aufzunehmen. In einem allfälligen weiteren Fall müsste D._____ indes darlegen, dass er nicht berufsmässig im Sin-

ne von Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO tätig ist (siehe BGE 140 III 555 und OGer ZH PE140002). Das wäre er z.B. dann, wenn er als Liegenschaftsverwalter tätig wäre und sich das Recht einräumen liesse, im Verfahren (auch vor der Schlichtungsbehörde) zu vertreten.

5.2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es obliegt dem Berufungskläger, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt. Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist. Soweit jedoch eine Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (BGE 138 III 374, 133 II 249 und 130 III 136; OGer ZH, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

5.3. Zunächst ist auf die Rüge des Beklagten einzugehen, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer gültigen Abmahnung und Kündigung ausgegangen, weil den Beklagten aufgrund des Wissens um den Verkauf der Liegenschaft eine Erkundungspflicht bezüglich der neuen Eigentümer getroffen habe.

Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens zehn Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 1 und 2 OR). Sowohl die Ansetzung der Zahlungsfrist als auch die Kündigung hat von der Person auszugehen, die im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung Vermieter ist. Dabei kann sich der Vermieter selbstverständlich ver-

treten lassen (Art. 32 Abs. 1 OR, BGer 4A_107/2010 E. 2.3.). Die Mahnung muss wie auch die Kündigung klare Verhältnisse schaffen. Da dem Mieter die volle Frist von 10 bzw. 30 Tagen zur Verfügung stehen muss, ist eine Unsicherheit in Bezug auf die Person des Kündigenden und gegebenenfalls eines Stellvertretungsverhältnisses unzumutbar. Nur wenn aus Sicht des Empfängers kein Zweifel an der Person des Vermieters besteht, kann auf dessen Nennung in der Willenserklärung verzichtet werden (BGer 4A_107/2010 E. 2.3). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass bei Rechtsgeschäften, die innert Frist vorzunehmen sind, der Vertretene gegebenenfalls auch nachweisen muss, dass der Vertreter die Vollmacht vorzeigte (BSK OR I-Watter, 6. Auflage, Art. 32 N 36). Mit der Abmahnung im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR nimmt der vertretene Vermieter zwar keine Frist wahr, setzt aber dem Mieter eine solche an. In beiden Fällen ist es zentral, dass über das Vertretungsverhältnis bereits im Zeitpunkt der Ausübung der Willenserklärung Klarheit besteht. Sofern der Vertreter dies nicht schon vorher gemacht hat, muss von ihm verlangt werden, dass er im Zeitpunkt der Zahlungsfristansetzung benennt und belegt, für wen er handelt und dass er über eine Vollmacht verfügt. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach es dem Mieter obliegt, abzuklären, wer durch Eigentumserwerb Vermieter wurde und ob der ihn Mahnende tatsächlich über eine Vollmacht verfügt, vermag nicht zu überzeugen und findet in der als Grundlage angerufenen Bestimmung von Art. 167 OR keine Stütze. Diese Bestimmung besagt, dass sich der Schuldner nach der Abtretung durch Leistung an den Zedenten gültig befreien kann, wenn er gutgläubig davon ausging, dieser sei noch Gläubiger. Aus dieser Bestimmung, die zum Schutz des Schuldners aufgestellt wurde und sicherstellen will, dass die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtert wird (vgl. BSK OR I-Girsberger/Hermann, 6. Auflage, Vorbemerkungen zu Art. 167-169), kann nicht (zum Nachteil des Schuldners) abgeleitet werden, es obliege dem Mieter, Unklarheiten einer im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR erklärten Abmahnung zu beseitigen. Denn Art. 167 OR schützt zwar den Schuldner, der gutgläubig an den falschen Gläubiger geleistet hat, mahnt den Schuldner aber auch zur Vorsicht. Sobald er aufgrund der Umstände annehmen muss, dass eine Zession stattgefunden hat, ist seine Gutgläubigkeit zu verneinen, falls er noch an den Zedenten zahlt. Kennt der Schuldner also Tatsachen, die auf

eine Zession schliessen können, muss er – will er sich nicht dem Doppelzahlungsrisiko aussetzen – die Zahlung erst mal verweigern und vom behaupteten Zessionaren gegebenenfalls die Vorlage der Zessionsurkunde verlangen. Ist der Schuldner unsicher, wem die Forderung zusteht, so steht ihm – auch im Falle einer Legalzession – die Möglichkeit der gerichtlichen Hinterlegung offen (vgl. vgl. BSK OR I-Girsberger/ Hermann, 6. Auflage, Art. 167 N 19 und Art. 168 N 1 – 3). Ein solches Vorgehen ist dem Schuldner nicht zumutbar, wenn er eine Abmahnung im Sinne von Art. 257d Abs. 1 OR erhalten hat, da ihm damit auch die ausserordentliche Kündigung angedroht wird, wenn er nicht innert 10 bzw. 30 Tagen bezahlt. Würde es dem Schuldner obliegen, während der Zahlungsfrist Abklärungen über den Gläubiger vorzunehmen, stünde ihm nicht mehr die volle Frist zur Verfügung, was wie dargestellt unzulässig ist. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine Abmahnung nach Art. 257d Abs. 1 OR nur dann genügend ist, wenn kein Zweifel über die Person des Vermieters sowie bei Stellvertretung über die Vertretungsmacht des Vertreters besteht.

Geht man mit den Klägern und der Vorinstanz davon aus, dass zwischen dem Beklagten und der F._____ ein Mietvertrag bestand (die Vorinstanz sprach fälschlicherweise von einem faktischen Mietverhältnis, ging aber in der Sache zutreffend von einem nicht schriftlich geschlossenen, aber gültigen Mietvertrag aus), so traten die Kläger durch Eigentumserwerb an der Liegenschaft als Vermieter in den Vertrag ein. Sie waren damit berechtigt, einen ausstehenden Mietzins nach den Vorgaben von Art. 257d OR abzumahnen. Die Mahnung vom 3. August 2015 wurde nicht von den Klägern, sondern von der I._____ GmbH ausgesprochen. Die I._____ GmbH verlangte Zahlung nicht direkt an die Kläger, sondern an sich selbst. In der Mahnung werden – im Unterschied zur späteren Kündigung (act. 3/15) – die Vermieter nicht genannt und die I._____ GmbH legte der Mahnung die Vollmacht der Kläger nicht bei (act. 3/12). Da eine gültige Mahnung im Sinne von Art. 257d OR voraussetzt, dass kein Zweifel über die Person des Gläubigers und bei Stellvertretung über die Vertretungsmacht des Vertreters besteht, genügt die Abmahnung nur, wenn der Beklagte durch andere Umstände erfahren hatte (und nicht nur in Erfahrung hätte bringen können), dass die Liegenschaft nun den Klägern gehört und dass diese die I._____ GmbH bevollmächtigt hatten.

Zu Unrecht ging die Vorinstanz davon aus, die Frage, ob der Eigentümerwechsel angezeigt worden sei, könne offen gelassen werden (act. 19 S. 9). Eine entsprechende Rüge brachte der Beklagte vor (act. 20 S. 6). Die Kläger behaupteten im vorinstanzlichen Verfahren, sie hätten dem Beklagten mit Schreiben vom 21. Juli 2015 (act. 3/10) mitgeteilt, sie würden "die neuen Besitzer des Grundstücks (...) als Generalbevollmächtigte" vertreten (act. 1 S. 1-2), behaupteten indes nicht, sie hätten dem Beklagten die neuen Eigentümer namentlich mitgeteilt und die I. _____ GmbH habe sich durch Vollmacht ausgewiesen. Der Beklagte behauptete seinerseits, ihm sei die I. _____ GmbH unbekannt gewesen (act. 9 S. 7). Im Berufungsverfahren bringen die Kläger neu und unzulässigerweise vor, der Beklagte habe im Vorfeld des Grundstücksverkaufs anlässlich von zwei Besichtigungen den Vertreter der I. _____ GmbH kennengelernt (act. 26 S. 5). Selbst wenn diese neue Behauptung zugelassen und als zutreffend unterstellt würde, würde dies den Klägern nichts nützen. Denn sie behaupteten nur, dass der Beklagte vom Verkauf der Liegenschaft wusste, nicht aber, dass ihm die Namen der Kläger als neue Eigentümer mitgeteilt worden seien. Etwas anderes geht auch nicht aus den eingereichten Unterlagen hervor. In der Kündigung vom 24. Dezember 2014 wurde dem Beklagten mitgeteilt, dass das Haus verkauft werde, nicht aber, an wen (act. 3/3). Wie dargelegt, erfolgte eine Mitteilung auch nicht im Schreiben vom 21. Juli 2015. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die I. _____ GmbH diesem Brief die Vollmacht vom 10. Juli 2015 (act. 3/9) nicht beilegte (act. 3/10). Dem Mietgericht Winterthur zeigten die Kläger zwar mit Eingabe vom 23. Juli 2015 im Verfahren MB150005 an, sie hätten das Eigentum an der streitbetroffenen Liegenschaft erworben und stellten ein Gesuch um Parteiwechsel. Diese Eingabe sowie die Verfügung vom 10. August 2015, mit der der Parteiwechsel bewilligt und die Namen der neuen Eigentümer genannt wurde, wurden an den Beklagten am 12. August 2015 versandt (act. 3/14). Es ist nicht bekannt, wann dieser Entscheid dem Beklagten zugestellt wurde. Von den Klägern wurde nicht behauptet, dass die Zustellung bereits am 13. August 2015 und damit zu Beginn der mit Mahnung vom 3. August 2015 ausgelösten Zahlungsfrist erfolgt war. Eine Mitteilung während laufender Frist genügt indes nicht, da dem Beklagten die volle Frist von 30 Tagen zur Verfügung stehen muss. Erst mit der Kündigung vom 14. September 2015

wurden die Kläger als neue Vermieter bezeichnet und die I._____ GmbH legte die Vollmacht vom 10. Juli 2015 erstmals dem Beklagten vor (act. 3/15).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Zeitpunkt der Mahnung vom 3. August 2015, deren Zustellung auf den 12. August 2015 fingiert wird, der Beklagte keine Kenntnis davon hatte, dass die Kläger neue Eigentümer sind. Eben so wenig war ihm die am 10. Juli 2015 ausgestellte Vollmacht zugunsten der I._____ GmbH bekannt. Die Gläubigerstellung der Kläger und das Vertretungsverhältnis standen damit nicht zweifelsfrei fest, weshalb keine den Anforderungen von Art. 257d OR genügende Abmahnung vorliegt. Demzufolge erweist sich die Kündigung vom 14. September 2015 als ungültig. Auf das Ausweisungsbegehren ist nicht einzutreten. Damit erübrigt sich die Beantwortung der Frage, ob auch die übrigen Rügen des Beklagten stichhaltig wären.

6. Prozesskosten, unentgeltliche Rechtspflege

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens den Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der Streitwert sechs Monatsmieten entspricht, wird nicht gerügt. Die Kläger gehen mit der Vorinstanz von einem Streitwert von CHF 15'000.00 aus, was sechs Monatsmieten à CHF 2'500.00 entspricht. Der Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Höhe des Mietzinses umstritten ist. Er geht – falls überhaupt ein Mietvertrag vorliege – von CHF 2'000.00 aus, die Kläger wie gesagt von CHF 2'500.00. Zu Unrecht leitet der Beklagte daraus ab, es sei auf den tiefen Wert abzustellen. Nach Art. 91 Abs. 2 ZPO ist der Streitwert vom Gericht festzusetzen, wenn das Rechtsbegehren wie vorliegend nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet und sich die Parteien über den Streitwert nicht einig sind. Ermessensweise ist mit der Vorinstanz von dem von den Klägern behaupteten höheren Wert auszugehen. Der Streitwert beträgt somit CHF 15'000.00. Die erstinstanzliche Entscheidegebühr von CHF 1'000.00 ist zu bestätigen und den Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Die Entscheidegebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist ebenfalls auf CHF 1'000.00 festzusetzen und den Klägern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

Der Beklagte stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Die Mittellosigkeit des Beklagten ist aufgrund der eingereichten Unterlagen ausgewiesen (act. 10/2-18) und seine im Berufungsverfahren vertretene Position ist nicht aussichtslos. Zur Wahrung seiner Rechte ist er auf einen Rechtsanwalt angewiesen. Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sind grundsätzlich erfüllt (Art. 117 lit. a und b und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Da der Beklagte keine Gerichtskosten zu tragen hat, ist das Gesuch diesbezüglich gegenstandslos und abzuschreiben. Die durch die anwaltliche Vertretung entstandenen Kosten sind primär durch die zuzusprechende Parteientschädigung abzudecken. Sollte sich aber herausstellen, dass diese uneinbringlich ist, wird Rechtsanwalt X._____ auf belegtes Gesuch hin durch die Gerichtskasse zu entschädigen sein (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren ist deshalb zu bewilligen und Rechtsanwalt X._____ ist als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten für das Berufungsverfahren zu bestellen. Anzumerken bleibt, dass heute in einem separaten Verfahren (Geschäfts-Nr. PF160005) Rechtsanwalt X._____ auch für das erstinstanzliche Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten bestellt wurde.

Die Kläger sind solidarisch zu verpflichten, für beide Verfahren je eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Zuzüglich Bestellung von Rechtsanwalt X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten sind die Parteientschädigungen dem Anwalt und nicht dem Beklagten zuzusprechen (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Auflage, Art. 122 N 5). Die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist auf CHF 1'400.00, diejenige für das Berufungsverfahren auf CHF 800.00 – je zuzüglich Mehrwertsteuer – festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gutgeheissen und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten bestellt.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 15. Januar 2016 wird aufgehoben. Auf das Ausweisungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 1'000.00 wird bestätigt und den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. X._____ für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'512.00 (dieser Betrag enthält die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'000.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt.

6. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 864.00 (dieser Betrag enthält die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 26, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 CHF 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
8. April 2016