

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Beschluss und Urteil vom 3. Mai 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y. _____,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. Januar 2016 (ER150046)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1, sinngemäss)

Es sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, das 4 ½-Zimmer Reihen-Einfamilienhaus an der C._____strasse ... in ... unverzüglich in ordnungsgemässen Zustand der Gesuchstellerin zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle.

Das zuständige Gemeindeammannamt sei anzuweisen, diesen Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 27. Januar 2016:

(act. 14 = act. 18 = act. 20)

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, das 4 ½-Zimmer Reihen-Einfamilienhaus an der C._____strasse ... in ... unverzüglich in ordnungsgemässen Zustand der Gesuchstellerin zu übergeben. Kommt die Gesuchsgegnerin diesem Befehl nicht nach, kann die Gesuchstellerin die Zwangsvollstreckung verlangen.
2. Das Gemeindeammannamt Dielsdorf-... wird angewiesen, diesen Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kosten für die Vollstreckung sind auf Verlangen von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
Dieser Auftrag erlischt, wenn seine Ausführung nicht innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft verlangt wird.

[3.-9. Kosten- und Entschädigungsfolgen, Mitteilung sowie Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin:

(act. 19 S. 2)

"Das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. Januar 2016 sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten.

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

prozessualer Antrag:

"Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person der Unterzeichnenden zu gewähren."

Berufungsanträge der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten:

(act. 38 S. 2)

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer)."

Erwägungen:

I.

1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) und ihr Ehemann, D._____, mieteten mit schriftlichem Vertrag sowie einer schriftlichen Zusatzvereinbarung vom 13. Mai 1981 von der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) das 4 ½-Zimmer Reihen-Einfamilienhaus an der C.____strasse ... in ... (act. 6 sowie act. 12/1). Am tt.mm.2009 verstarb D.____ und hinterliess als einzige gesetzliche Erben die Berufungsklägerin sowie die Tochter E.____ (act. 12/2). Mit Schreiben vom 29. Juni 2015 mahnte die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin für ausstehende Mietzinse im Gesamtbetrag von Fr. 15'632.–. Sie forderte die Berufungsklägerin darin weiter auf, den ausstehenden Betrag umgehend zu überweisen. Sofern die Zahlung nicht innert 30 Tagen erfolge, werde das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d OR ausserordentlich gekündigt (act. 3/1). Mit Brief vom 20. Juli 2015 stellte die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin ein inhaltlich identisches Schreiben zu, welches diese am 23. Juli 2015 in Empfang nahm (act. 3/2). Mit amtlichem Formular vom 20. August 2015 sprach die Berufungsbeklagte gegenüber der Berufungsklägerin die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses per 30. September 2015

aus. Das Schreiben wurde der Berufungsklägerin am 25. August 2015 zugestellt (act. 3/3).

2. Am 11. Dezember 2015 stellte die Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Dielsdorf (nachfolgend Vorinstanz) das eingangs erwähnte Ausweisungsbegehren (act. 1-3). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2015 forderte diese diverse Unterlagen nach und setzte der Berufungsbeklagten Frist an zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'600.– (act. 4). Mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2015 sistierte die Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichts Dielsdorf das von der Berufungsklägerin im September 2015 eingeleitete Schlichtungsverfahren betreffend die Anfechtung der Kündigung vom 20. August 2015 und eventualiter beantragter Erstreckung des Mietverhältnisses bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorliegenden Ausweisungsverfahrens (act. 7). Nachdem die Berufungsbeklagte den Kostenvorschuss fristgerecht geleistet hatte (act. 8) und die fehlenden Dokumente nachgereicht (act. 9) bzw. beigezogen (act. 5-6) worden waren, reichte die Berufungsklägerin innert der ihr angesetzten Frist (act. 10) die Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren samt Beilagen ein (act. 11-12). Die Berufungsbeklagte liess sich dazu nicht mehr vernehmen (act. 13 sowie act. 14). Mit Urteil vom 27. Januar 2016 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungsklägerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle, das Mietobjekt unverzüglich und in ordnungsgemässen Zustand der Berufungsbeklagten zu übergeben (act. 14 = act. 18 = act. 20).

3. Mit Eingabe vom 11. Februar 2016 erhob die Berufungsklägerin gegen das vorinstanzliche Urteil Berufung (act. 19). Mit Beschluss vom 1. März 2016 wurde ein Beweisverfahren zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungserhebung angeordnet (act. 25). Nach durchgeführtem Beweisverfahren (act. 26-34) trat die Kammer mit Beschluss vom 5. April 2016 auf das Rechtsmittel ein und setzte der Berufungsbeklagten gleichzeitig Frist zur Beantwortung der Berufung an (act. 34). Die nunmehr anwaltlich vertretene Gegenpartei (act. 36-37) reichte die Berufungsantwort samt Beilagen fristgerecht ein (act. 38 sowie act. 39/1-3). Die Akten der Vorinstanz sind beigezogen (act. 1-16). Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Zur Begründung ihres Urteils prüfte die Vorinstanz zunächst, ob die Berufungsbeklagte die Fristen gemäss Art. 257d OR eingehalten hatte. Nachdem sie dies bejaht hatte (act. 18 S. 5), setzte sie sich mit den vorgebrachten Einwänden der Berufungsklägerin auseinander:

Dabei verwarf die Vorinstanz zunächst das Argument der Berufungsklägerin, wonach die Kündigung nichtig sei, weil sie nicht sämtlichen Mietern – nämlich einerseits ihr persönlich und andererseits den gesetzlichen Erben bzw. E._____ – gegenüber ausgesprochen worden sei. Die Berufungsbeklagte habe davon ausgehen dürfen, dass die Berufungsklägerin nach dem Tod ihres Ehemannes, D._____, als einzige Mieterin im Mietobjekt verblieben sei, weshalb die Berufungsbeklagte einzig ihr gegenüber die Kündigung auszusprechen gehabt habe. Es sei nämlich angesichts des Zeitablaufs davon auszugehen, dass die Teilung der Erbschaft gemäss Art. 602 ff. ZGB bereits stattgefunden habe und das "beabsichtigte" Mietverhältnis zwischen den Erben geklärt worden sei. Es gelinge der Berufungsklägerin mit der Einreichung des Erbscheins nicht, glaubhaft zu machen, dass die Teilung noch nicht stattgefunden habe. Aus den Akten sei nicht ersichtlich, dass sich die Berufungsklägerin und/oder die Tochter, E._____, um die Aufsetzung eines neuen Mietvertrags mit der Tochter als Mitmieterin bemüht hätten, was jedoch deren Pflicht gewesen wäre (act. 18 S. 6 f.).

Es sei im Weiteren irrelevant, ob die Zahlungsaufforderung und Kündigungsandrohung vom 20. Juli 2015 nicht aufzeige, für welche Monate der Mietzins noch offen sei. Der geforderte Betrag sei mit Fr. 15'632.– von der Berufungsbeklagten genau beziffert worden. Einzig dies sei erheblich, da es bei der Kündigungsandrohung nur darum gehe, dem Mieter klar aufzuzeigen, wieviel er zu bezahlen habe, um die Zahlungsverzugskündigung noch abzuwenden (act. 18 S. 7).

2. Die Berufungsklägerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einem liquiden Sachverhalt ausgegangen sei und im Weiteren das Recht nicht richtig angewendet habe (act. 19 S. 5).

Wenn ein Gesuchsgegner nämlich schlüssig Einwendungen vorbringe, die in

tatsächlicher Hinsicht vom Gesuchsteller trotz gewährter Stellungnahme nicht einmal bestritten würden, dürfe das Gericht nicht von einem liquiden Sachverhalt ausgehen. Nach dem Tod des Ehemannes der Berufungsklägerin sei die Tochter E._____ noch im gleichen Jahr wieder bei der Berufungsklägerin eingezogen. Der Berufungsbeklagten sei dies bekannt gewesen, sei doch im Jahr 2014 eine frühere Kündigung, die nur gegen die Berufungsklägerin gerichtet gewesen sei, bereits im Schlichtungsverfahren an der gleichen formellen Voraussetzung gescheitert. Die Berufungsbeklagte habe daher Kenntnis von der Zusammensetzung der Erbgemeinschaft wie auch von der Tatsache gehabt, dass die Erbschaft noch nicht geteilt worden war. Dies sei wohl auch der Grund gewesen, warum die Berufungsbeklagte sich nicht zur Stellungnahme der Berufungsklägerin vor der Vorinstanz geäußert habe.

Die Folgerungen der Vorinstanz aus dem eingereichten Erbschein und dem Stillschweigen der Berufungsbeklagten seien daher in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht willkürlich. Es sei nicht haltbar, dass die Berufungsklägerin hätte beweisen müssen, dass die Erbteilung noch nicht stattgefunden habe (act. 19 S. 1 ff.).

3. Die Berufungsbeklagte macht dagegen im Kern geltend, dass die Berufungsklägerin in ihrer Berufung diverse neue Behauptungen und Beweise vorbringe. Dies sei nach Art. 317 Abs. 1 ZPO allerdings unzulässig, weshalb sämtliche vorgebrachten Noven für das Berufungsverfahren ausgeschlossen seien. Vor erster Instanz habe die Berufungsklägerin einzig die Zahlungsaufforderung der offenen Mietzinse gerügt und zudem den Erbschein des verstorbenen Ehemannes der Berufungsklägerin ins Recht gelegt.

Ein Erbschein belege in keiner Art und Weise, dass eine Erbteilung noch nicht durchgeführt worden sei. Weiter habe die Berufungsklägerin auch keine anderen Behauptungen und Beweise für den Fortbestand der Erbgemeinschaft vorgebracht. Sämtliche Mietzinszahlungen seien weiter über all die Jahre vom alleinigen Bankkonto der Berufungsklägerin getätigt worden. Es habe sich auch kein Hinweis für die Berufungsbeklagte ergeben, dass eine Mehrheit von Mietern gegeben sein könnte. Sie habe deshalb darauf vertrauen dürfen, dass die Miet-

zinszahlerin auch die einzige Mieterin sei.

Die Rechtslage sei klar, die Berufungsklägerin habe mit ihrer vorinstanzlichen Stellungnahme in keinerlei Hinsicht die Zweifel an der Rechtmässigkeit der Kündigungsandrohung sowie der Kündigung auszuräumen vermocht (sic!). Darin hätte die Berufungsklägerin bereits alle erst im Berufungsverfahren eingebrachten Beweise und Ausführungen vorzubringen gehabt, damit das Gericht Zweifel an der Liquidität des Sachverhalts gehabt haben könnte. Aufgrund des Novenrechts im Rechtsmittelverfahren seien diese allerdings unbeachtlich und damit nicht zu berücksichtigen (act. 38 S. 3 ff.).

III.

1. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur dann noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen müssen sodann die Voraussetzungen nach Art. 257 Abs. 1 ZPO bereits im erstinstanzlichen Verfahren erfüllt sein, weshalb die Berufungsinstanz die Beurteilung der ersten Instanz generell nicht gestützt auf Urkunden prüfen kann, die nach Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren neu vorgelegt wurden (BGer 4A_420/2012 vom 7. November 2012, E. 5). Danach ist der Berufungsbeklagten darin zuzustimmen, dass die in der Berufungsschrift neu vorgebrachten Tatsachen (act. 19 S. 4) und Beweismittel (act. 22/1-4) im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden können. Insbesondere bleibt daher die Behauptung unbeachtlich, wonach die Tochter E._____ nach dem Tod von D._____ in das Mietobjekt eingezogen sei. Ebenso nicht zu beachten sind die neuen Ausführungen und Dokumente der Parteien zum Schlichtungsverfahren aus dem Jahre 2014.

2. Mit einer Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 Abs. 1 ZPO). Es obliegt der Berufungsklägerin, konkrete Rügen anzubringen. Soweit eine genügende Rüge vorgebracht wurde, wendet die Berufungsinstanz das Recht

von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (OGer ZH, RT120121 vom 21. August 2012, E. 3a; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch BGE 138 III 374, E. 4.3.1; 133 II 249, E. 1.4.1; 130 III 136, E. 14 sowie ZR 110/2011 Nr. 80 S. 246).

Die Berufungsbeklagte wirft der Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass sie Art. 257 Abs. 1 ZPO falsch angewendet habe. Entgegen der Schlussfolgerung der Vorinstanz (act. 18 S. 7) fehle es vorliegend an einem liquiden Sachverhalt, weshalb das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten sei (act. 19 S. 3 sowie S. 5). Dieser Schluss trifft – wie sogleich zu zeigen ist (vgl. Ziff. III.3 ff.) – zu:

3. Im Streit liegt ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO (act. 1 ff.). Wie die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt (act. 18 S. 4), gewährt das Einzelgericht gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO diesen Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn einerseits der Sachverhalt – d.h. die anspruchsbegründenden Tatsachen (vgl. statt vieler BSK ZPO-Hofmann, 2. Aufl. 2013, Art. 257 N 8) – unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und andererseits die Rechtslage klar ist (lit. b). Ist ein Sachverhalt umstritten, so hat die gesuchstellende Partei dazu den vollen Beweis ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand zu erbringen, damit von einem klaren Fall im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO ausgegangen werden kann (BGer 4A_184/2015 vom 11. August 2015, E. 4.2.1; BGE 138 III 123, E. 2.1.1; 138 III 620, E. 5.1.1 mit zahlreichen Hinweisen). Es obliegt ausschliesslich der gesuchstellenden Partei, für klare Verhältnisse zu sorgen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1; vgl. auch ZK ZPO-Sutter-Somm/Lörtscher, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 6 f.).

4.

4.1. Das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten stützt sich auf eine ausserordentliche Zahlungsverzugskündigung eines Mietverhältnisses über Wohnräume nach Art. 257d OR (act. 1). Danach ist der Vermieter bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 257d Abs. 1 OR berechtigt, dem Mieter bei nicht

fristgerechter Bezahlung der ausstehenden Mietzinse mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats zu kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Nach den soeben beschriebenen Grundsätzen in Art. 257 ZPO (vgl. Ziff. III./3) hat dabei die gesuchstellende Partei bei entsprechender Bestreitung durch die Gegenpartei den vollen Beweis zu erbringen, dass die Kündigung rechtsgültig erfolgt ist.

4.2. Die Kündigung eines Mietverhältnisses ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Bei mehreren Mietern ist die Kündigung gegenüber allen Mitmietern zu erklären; andernfalls ist sie nichtig (BGE 140 III 491, E. 4.2.1; Schmid, Die gemeinsame Miete - Ausgewählte Fragen, AJP 2016, S. 31 ff., S. 35 m.w.H.; ZK OR-Higi, Vorbem. zu Art. 253-274g N 120; Lachat et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl. 2009, S. 18 m.w.H. sowie S. 518 f.). Zu ihrer Gültigkeit bedarf es daher in jedem Fall der Klarheit über die Mietparteien.

4.3. Nach Darstellung der Berufungsbeklagten vor der Vorinstanz ist die Berufungsklägerin alleinige Mieterin des Mietobjekts (act. 1). Entsprechend adressierte sie die Abmahnungen nach Art. 257d Abs. 1 OR vom 29. Juni 2015 (act. 3/1) bzw. vom 20. Juli 2015 (act. 3/2) sowie auch das Kündigungsschreiben vom 20. August 2015 (act. 3/3) einzig an sie. In ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2016 widersprach die Berufungsklägerin allerdings dieser Version und wies darauf hin, dass E._____ und sie Rechtsnachfolgerinnen des verstorbenen D._____, welcher seinerseits Mietpartei gewesen sei, seien (act. 11). Damit bestreitet die Berufungsklägerin bereits vor der Vorinstanz, alleinige Mieterin des Mietobjekts zu sein. Die Darstellung der Berufungsbeklagten, wonach die Berufungsklägerin vor der Vorinstanz in diesem Zusammenhang nur den Erbschein des verstorbenen Mitmieters D._____ vorgelegt habe (act. 38 S. 3), ist unvollständig.

4.4. Es wäre demnach nach den Grundsätzen von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO an der Berufungsbeklagten gewesen, sofort und strikte die alleinige Mieterschaft der Berufungsklägerin zu beweisen, um die Gültigkeit der Kündigung zu belegen. Der eingereichte Mietvertrag lautet allerdings auf A._____ und D._____ als gemeinschaftliche Mieter (act. 6 S. 1; act. 12/1 S. 1), was auch die Vorinstanz bereits zutreffend erkannte (act. 18 S. 6). Ein anderes Beweismittel, das die Berufungsklä-

gerin als alleinige Mieterin des Mietobjekts ausweisen würde, reichte die Berufungsbeklagte vor der Vorinstanz nicht ein. Auch stellte sie zu ihrer Behauptung keine weiteren Beweisanträge (act. 1 ff.). Vielmehr liess sich die Berufungsbeklagte nach Eingang der Stellungnahme der Gegenpartei vor der Vorinstanz nicht mehr vernehmen (act. 18 S. 2). Damit vermochte sie den erforderlichen strikten Beweis der alleinigen Mieterschaft der Berufungsklägerin nach Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO nicht zu erbringen. Daran ändert auch das Argument nichts, dass der Vertrag vor über 30 Jahren geschlossen worden sei (act. 5).

5.

5.1. Nach der in BGE 138 III 620 begründeten – und in BGE 140 III 315 (vgl. dessen unpublizierte Erwägung 4.1 = BGer, 4A_68/2014 vom 16. Juni 2014, E. 4.1) bereits bestätigten – Praxis des Bundesgerichts, liegt dann kein klarer Fall mehr vor, wenn die Gegenpartei substantiiert und schlüssig Einwendungen gegen einen grundsätzlich bewiesenen Sachverhalt vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht umgehend widerlegt werden können und die geeignet sind, die richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demnach genügen bereits Einwendungen, die nicht offensichtlich unbegründet sind oder nicht haltlos erscheinen, worauf auch die Berufungsklägerin bereits zutreffend hinwies (act. 19 S. 3). Die Gegenpartei muss insbesondere nicht darlegen, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei. Sie ist auch nicht verpflichtet, eine eigene Version der Tatsachen in den Prozess einzuführen (statt vieler: ZK ZPO-Leuenberger, 3. Aufl. 2016, Art. 222 N 22 mit Hinweisen). Denn dies würde dazu führen, dass die Gegenpartei - als grundsätzlich beweisbefreite Partei - darzutun hätte, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig ist, was einer unzulässigen Beweislastumkehr gleichkäme (BGE 117 II 113, E. 2; 115 II 1, E. 4 und zuletzt BGer, 4A_630/2014 vom 4. Februar 2015, E. 3). Die Gegenpartei muss ihre Einwendungen somit nicht einmal glaubhaft machen – geschweige denn beweisen –, damit ein klarer Fall verneint werden kann (BGE 138 III 620, E. 5.1.1).

5.2. Wendet man diese Rechtsprechung zu den Einwendungen und Einreden bereits auf das Stadium der Bestreitungen an (dahingehend Egli, Rechtsschutz in

klaren Fällen, in: PraxiZ, Band 2, Zivilprozess – aktuell, Zürich 2013, S. 1 ff., S. 11), so dürfen die entsprechenden Anforderungen selbstredend nicht höher angesetzt werden als bei den Einwendungen und Einreden. Bestreitungen sind somit nicht glaubhaft zu machen, sie dürfen nur nicht offensichtlich unbegründet beziehungsweise haltlos sein, wodurch sie zu blossen Schutzbehauptungen verkämen (BGer, 5A_645/2011 vom 17. November 2011, E. 1.2 m.w.H.; vgl. auch BGer, 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.1.1 sowie KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2013, Art. 257 N 11 m.w.H.).

5.3. Zutreffend stellte bereits die Vorinstanz sinngemäss fest, dass die Erben-gemeinschaft mit dem Tod des mitmietenden Ehegatten infolge Universalsukzes-sion (Art. 560 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB) an dessen Stelle trete (act. 18 S. 6). Das Mietverhältnis wird danach ex lege einerseits mit dem überlebenden Ehegatten und andererseits mit den Erben des verstorbenen Mieters weitergeführt (ZK OR-Higi, Art. 266i N 14; Lachat et al., a.a.O., S. 580 m.w.H.; Weber, Der zivilrechtli-che Schutz der Familienwohnung, AJP 2004, S. 40 ff., Ziff. 3.4.1.b). Unbestritte-nermassen ist die Kündigung in diesem Fall an den überlebenden Ehegatten so-wie an sämtliche Erben zu richten, um das Mietverhältnis gültig aufzulösen (BGer, 4A_189/2009 vom 13. Juli 2009, E. 2.1 m.w.H.; Lachat et al., a.a.O., S. 519 m.w.H.; Schmid, a.a.O., S. 35).

5.4. Die Bestreitung der alleinigen Mieterschaft (act. 11) erweist sich schon nur unter dem Blickwinkel des fehlenden strikten Beweises als nicht haltlos. Im Weite-ren erscheint auch die vor der Vorinstanz vorgebrachte Version der Berufungs-klägerin, wonach die Erben-gemeinschaft bestehend aus ihr und der Tochter E._____ an die Stelle des verstorbenen D._____ trat und die Kündigung zumin-dest auch an E._____ hätte adressiert werden müssen, durchaus nicht als offen-sichtlich unbegründet. Es besteht keine Pflicht und auch keine Frist, die Erbteilung vorzunehmen und damit die Erben-gemeinschaft aufzulösen (BGE 116 II 267, E. 7; vgl. auch PraxKomm Erbrecht-Weibel, 3. Aufl. 2015, Art. 604 N 5 mit zahl-reichen Hinweisen). Es ist – entgegen der Ansicht der Vor-Instanz (act. 18 S. 6) – auch nicht einzusehen, weshalb die Erbteilung bloss angesichts des Zeitablaufs bereits durchgeführt worden sein soll. Dies findet keine Stütze in den Akten. Von

der Berufungsklägerin zu verlangen, dass sie das Weiterbestehen der Erbengemeinschaft glaubhaft zu machen habe (vgl. Erwägung 2.1 des vorinstanzlichen Entscheids, act. 18 S. 6), missachtet im Übrigen die oben beschriebenen Beweisgrundsätze des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Die von der Berufungsklägerin zur Begründung ihrer Bestreitung in den Prozess eingeführte Sachverhaltsversion erscheint keineswegs als haltlos. Sie wirkt vielmehr nicht unwahrscheinlicher als die Version der Berufungsbeklagten. Wie die Berufungsklägerin zu Recht anführt (act. 19 S. 5), geht es im Verfahren nach Art. 257 ZPO nicht an, die gesuchstellende Partei über weitergehende Anforderungen an die gesuchsgegnerischen Bestreitungen und Einwendungen von ihrer Beweislast zu befreien, diese zu erleichtern oder gar umzukehren. Die Vorinstanz wendete Art. 257 ZPO somit unrichtig an; sie hätte auf das Gesuch der Berufungsbeklagten nicht eintreten dürfen.

5.5. Daran ändert im Übrigen auch der Hinweis der Berufungsbeklagten nichts, dass der Mietzins über all die Jahre über das Bankkonto der Berufungsklägerin beglichen worden sein soll (act. 38 S. 5). Davon abgesehen, dass es sich dabei um eine im Berufungsverfahren unzulässige neue Tatsachenbehauptung handelt (Art. 317 ZPO), sagt eine blossе Zahlungsmodalität nichts Abschliessendes über die beteiligten Mietparteien aus. Genauso ändert sich auch grundsätzlich alleine aufgrund des Einzugs einer Drittpartei vertraglich nichts an den Parteien des Hauptmietvertrags, worauf die Berufungsbeklagte zutreffend hinweist (act. 38 S. 5). Weiter ist auch nicht einzusehen, weshalb die Tochter E._____ oder die Berufungsklägerin verpflichtet gewesen sein sollten, sich um die Aufsetzung eines neuen Mietvertrags zu bemühen, wie dies die Vorinstanz anführte (act. 18 S. 7). Eine solche Pflicht ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus der vertraglichen Vereinbarung (vgl. act. 6 sowie act. 12/1).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend nicht von einem klaren Fall im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO ausgegangen werden konnte. Weder blieb der von der Berufungsbeklagten vorgebrachte Sachverhalt unbestritten, noch war dieser sofort beweisbar. Die Berufung ist daher gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben und es ist auf das Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten. Der Berufungsbeklagten bleibt jedoch die Möglichkeit, ihr

Begehren auf dem Weg des ordentlichen Mietrechtsprozesses geltend zu machen beziehungsweise ihren Standpunkt im bereits rechtshängigen Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung einzubringen.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind sowohl die erstinstanzlichen als auch die zweitinstanzlichen Gerichtskosten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Obsiegt die Berufungsklägerin, ist auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben, wobei vorliegend kein Anlass besteht, die Kostenfestsetzung (Höhe) gemäss Dispositivziffer 3 und die Entschädigungsregelung gemäss Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheides zu ändern. Für das zweitinstanzliche Verfahren beträgt die Entscheidgebühr in Anbetracht des Streitwerts von Fr. 12'786.– (act. 18 S. 8) sowie in Anwendung von § 12 i.V.m. §§ 2, 4 und 8 Abs. 1 GebV OG Fr. 1'000.–. Die Berufungsbeklagte leistete für das erstinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'600.–, welcher mit den Entscheidgebühren zu verrechnen ist (Art. 111 ZPO). Ausgeklammert bleiben die Kosten des Beweisverfahrens zur Frage der Rechtzeitigkeit der Berufungseingabe, welche mit Beschluss vom 5. April 2016 der Vertreterin der Berufungsklägerin auferlegt wurden (act. 34 S. 4 E. 6).

2. Die Berufungsklägerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 19 S. 2). Die Mittellosigkeit der Berufungsklägerin ist aufgrund der eingereichten Unterlagen ausgewiesen (act. 23/1-13). Weiter ist ihr im Berufungsverfahren vertretener Standpunkt nicht aussichtslos. Zur Wahrung ihrer Rechte ist sie angesichts der persönlichen Tragweite des Entscheids auf eine Vertretung angewiesen (vgl. auch BGE 130 I 180, E. 2.2 m.w.H.; BGer 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012, E. 4.3). Die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes sind damit grundsätzlich erfüllt (Art. 117 lit. a und b sowie Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Da die Berufungsklägerin keine Gerichts-

kosten zu tragen hat, ist das Gesuch diesbezüglich als gegenstandslos abzuschreiben. Die durch die anwaltliche Vertretung entstandenen Kosten sind weiter primär durch die zuzusprechenden Parteientschädigungen abzudecken. Sollte sich aber herausstellen, dass diese uneinbringlich ist, wird Rechtsanwältin lic. iur. X._____ auf belegtes Gesuch hin durch die Gerichtskasse zu entschädigen sein (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren ist deshalb zu bewilligen und Rechtsanwältin X._____ ist als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren zu bestellen.

3. Die Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, für das Berufungsverfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Zuzugleich der Bestellung von Rechtsanwältin X._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin ist die Parteientschädigung der Anwältin und nicht der Berufungsklägerin zuzusprechen (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2013, Art. 122 N 5). Bei der Festlegung der Höhe der Entschädigung gilt es besonders zu beachten, dass die Übernahme der Vertretung erst vor Obergericht erfolgte. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist entsprechend auf Fr. 1'880.– (zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) festzusetzen (§§ 4 Abs. 1, 9 und 13 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Gerichtskosten abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird hinsichtlich der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands gutgeheissen und Rechtsanwältin lic. iur. X._____ wird als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Berufungsklägerin bestellt.
3. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 27. Januar 2016 wird aufgehoben. Auf das Ausweisungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'350.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem von ihr vor der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'030.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel von act. 38 sowie act. 39/1-3, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 12'786.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: