

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200042-O/U1

damit vereinigt: LF200044-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Beschluss und Urteil vom 1. September 2021

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ausweisung / Rückweisung**
(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Juli 2020 (ER200029)
Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom
16. Oktober 2020 (LF200042)

Entscheid Schweiz. Bundesgericht vom 26. März 2021 (4A_609/2020)

Rechtsbegehren:

des Gesuchstellers (act. 1 S. 2):

- " 1. Es sei den Gesuchsgegnern 1 und 2 zu befehlen, der gesuchstellenden Partei die 3 ½-Zimmerwohnung, 1. OG, D. _____-strasse ..., ... E. _____, unverzüglich geräumt, gereinigt und ordnungsgemäss abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall;
2. Das Gemeindeammannamt E. _____ sei anzuweisen, den Befehl gemäss Ziff. 1 hiervor nach Eintritt der Vollstreckbarkeit auf erstes Verlangen der gesuchstellenden Partei zu vollstrecken;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten der beiden Gesuchsgegner 1 und 2 – unter solidarischer Haftung."

des Gesuchsgegners 1 (act. 13 S. 2):

- " 1. Auf das Gesuch um Ausweisung aus der 3,5-Zimmerwohnung, 1. OG, D. _____-strasse ..., ... E. _____ sei nicht einzutreten;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Umtriebsentschädigung / zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten des Gesuchstellers."

der Gesuchsgegnerin 2 (act. 9 S. 2):

- " 1. Auf das Ausweisungsgesuch gegen die Gesuchsgegnerin 2 sei nicht einzutreten.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchstellers zuzüglich MWST von 7,7%."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 33)

- " 1. Den Gesuchsgegnern wird befohlen, die 3 ½-Zimmerwohnung, 1. OG, D. _____-strasse ..., ... E. _____, unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

2. Das Betreibungs- und Gemeindeammannamt E. _____ wird angewiesen, auf Verlangen des Gesuchstellers den Befehl gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschliessen. Sie sind ihm aber von den Gesuchsgegnern zu ersetzen. Die Gesuchsgegner haften solidarisch.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Entscheidgebühr wird den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung auferlegt, aber mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.– verrechnet. Der Mehrbetrag wird von den Gesuchsgegnern direkt bezogen. Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, dem Gesuchsteller den mit dem Kostenvorschuss geleisteten Betrag unter solidarischer Haftung zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnern werden verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 2'518.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Die Gesuchsgegner haften solidarisch.

[Mitteilung / Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers 1 (act. 41/34, S. 2):

- " 1. Das Urteil des BG Dietikon 6. Juli 2020 (Geschäfts-Nr. ER200029-M/U) sei aufzuheben und auf das Gesuch betreffend Ausweisung sei nicht einzutreten.
2. Es sei festzustellen, dass der Streitwert für das vorinstanzliche Verfahren CHF 8'760.– beträgt und es seien die Gerichtskosten und Parteientschädigung bzw. Umtriebsentschädigung entsprechend für das vorinstanzliche Verfahren zu verlegen.
3. Es sei a) festzustellen, dass den Gesuchsgegner 1 und 2 nicht befohlen wird, die 3 ½ Zimmerwohnung, 1. OG, D. _____-strasse ..., ... E. _____ zu reinigen und es sei b) festzustellen, dass die Gesuchsgegner 1 und 2 teilweise im vorinstanzlichen Verfahren teilweise obsiegten und sei c) den Gesuchsgegnern / Berufungs-

klägern eine dem teilweisen Obsiegen entsprechende Parteientschädigung (Gerichtskosten / Partei-, Umtriebsentschädigung) für das vorinstanzliche Verfahren zu sprechen.

4. Es sei für den Fall des Obsiegens im vorliegenden Verfahren dem Gesuchsgegner eine entsprechende Umtriebsentschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer 7,7% zuzusprechen für das vorinstanzliche Verfahren.
5. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
6. Es seien das Berufungsverfahren des Berufungsklägers und der Berufungsklägerin zu vereinen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (Umtriebsentschädigung) zu Lasten des zuzüglich MWST von 7,7%."

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin 2 (act. 34 S. 2):

- " 1. Das Urteil des BG Dietikon vom 6. Juli 2020 (Geschäfts-Nr. ER200029-M/U) sei aufzuheben und auf das Gesuch betreffend Ausweisung sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei bei Annahme einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung betr. Rechtskraft und Vollstreckung zu erteilen.
3. Eventualiter sei festzustellen, dass der vorinstanzliche Streitwert CHF 8'760.– beträgt und es seien daher die Entscheidgebühr und Parteientschädigung nach dem Prozessausgang entsprechend zu berichtigen.
4. Eventualiter sei festzustellen, dass den Gesuchsgegner 1 und 2 nicht befohlen wird, die 3 ½ Zimmerwohnung, 1. OG, D. _____-strasse ..., ... E. _____ zu reinigen, wie angebeht und aufgrund dem teilweisen Obsiegen entsprechend die Kosten- und Entschädigungsverteilung für das Urteil anzupassen ist.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten / Gesuchstellers für dieses Verfahren und auch für die Vorinstanz zuzüglich MWST von 7,7%."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 44 S. 2):

- " 1. Es seien die Berufungen vom 17. und 23. Juli 2020, namentlich alle dort gestellten Begehren abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil vom 6. Juli 2020 zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungskläger – unter solidarischer Haftung."

Urteil des Obergerichts, II. Zivilkammer:

(act. 45)

- " 1. In Gutheissung der Berufungen (Geschäfts-Nrn. LF200042-O und LF200044-O) wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. Juli 2020 (ER200029-M) aufgehoben, und auf das Ausweisungsbegehren des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird bestätigt, dem Berufungsbeklagten und Gesuchsteller auferlegt und – soweit ausreichend – aus dem von ihm im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Der Berufungsbeklagte und Gesuchsteller wird verpflichtet, der Berufungsklägerin und Gesuchsgegnerin 2 für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) und für das zweitinstanzliche Verfahren eine solche von Fr. 1'000.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. Dem Berufungskläger und Gesuchsgegner 1 wird keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung zugesprochen.

[Mitteilung / Rechtsmittel]"

Urteil des Bundesgerichts:

(act. 50)

- " 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Oktober 2020 werden aufgehoben.

Den Beschwerdegegnern wird befohlen, die 3,5 Zimmerwohnung, 1. OG, D._____-strasse ..., ... E._____, unverzüglich zu räumen und dem Be-

schwerdeführer ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

Das Betreibungs- und Gemeindeammannamt E. _____ wird angewiesen, auf Verlangen des Beschwerdeführers diesen Befehl zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Beschwerdeführer vorzuschüssen. Sie sind ihm aber von den Beschwerdegegnern zu ersetzen. Die Beschwerdegegner haften solidarisch.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– werden den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
3. Die Beschwerdegegner haben den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 3'500.– zu entschädigen.
4. Die Sache wird zu neuer Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an das Obergericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

[Mitteilung]"

Erwägungen:

I.

1. Mit Mietvertrag vom 11. August 2000 (act. 3/4) vermietete die "Familie C'. _____" eine 3 ½-Zimmerwohnung an der D. _____-strasse ..., ... E. _____, an die Eheleute A. _____ (Gesuchsgegner und Berufungskläger 1; nachfolgend Gesuchsgegner 1) und B. _____ (Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin 2; nachfolgend Gesuchsgegnerin 2). Im Rahmen einer Erbteilung wurde C. _____ (Gesuchsteller und Berufungsbeklagter, nachfolgend Gesuchsteller) Alleineigentümer der vermieten Liegenschaft (vgl. act. 3/1 S. 3; act. 3/2-3) und trat als solcher in das Mietverhältnis ein.

2. Mit Schreiben und amtlich genehmigtem Formular vom 5. November 2018 kündigte der Gesuchsteller den Gesuchsgegnern "wegen fortgesetzten Nachtrübstörungen, trotz mehrfacher mündlicher u. schriftlicher Abmahnungen" per 31. März 2019 (act. 3/9 und act. 3/14). Am 3. April 2019 zog die Gesuchsgegnerin 2 aus der gemieteten Wohnung aus, während der Gesuchsgegner 1 darin verblieb (vgl. act. 1 Rz. 12; act. 9 S. 2; act. 13 S. 9, 13, 15; act. 20 S. 9).

3. Nachdem sich diese Kündigung im Rahmen eines ersten Ausweisungsverfahrens als unwirksam erwiesen hatte (vgl. das Urteil der Kammer vom 14. August 2019, PF190033-O; act. 3/6, E. III.2.3), wiederholte der Gesuchsteller seine Kündigung mit Schreiben und amtlich genehmigtem Formular vom 26. August 2019 per 31. März 2020 (act. 3/8 und act. 3/12). Am 3. April 2020 machte der Gesuchsteller ein zweites Ausweisungsbegehren im summarischen Verfahren gemäss Art. 257 ZPO mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend Vorinstanz) anhängig (act. 1). Mit Urteil vom 6. Juli 2020 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsgesuch gut und verpflichtete beide Gesuchsgegner, die gemietete Wohnung unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 33).

4. Dagegen erhoben beide Gesuchsgegner je separat Berufung, wobei die entsprechenden Verfahren (Geschäfts-Nrn. LF200042-O und LF200044-O) am 20. August 2020 vereinigt wurden. Mit Urteil und Beschluss vom 16. Oktober 2020 hiess die Kammer die Berufungen gut und trat auf das Ausweisungsgesuch nicht ein. Diesen Entscheid hob das Bundesgericht auf Beschwerde des Gesuchstellers mit Urteil vom 26. März 2021 auf (Geschäfts-Nr. 4A_609/2020), und es befahl den Gesuchsgegnern, die Wohnung unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Im Übrigen wies es die Sache zur neuen Entscheidung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Kammer zurück.

5. Mit Verfügung vom 25. Mai 2021 (act. 51) wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Frage der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des

kantonales Verfahren Stellung zu nehmen, und der Gesuchsgegner 1 aufgefordert, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse hinsichtlich seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darzulegen. Der Gesuchsteller nahm mit Eingabe vom 4. Juni 2021 (act. 53), der Gesuchsgegner 1 – innert mehrfach erstreckter Frist – mit Eingabe vom 6. August 2021 (act. 60) Stellung. Die Gesuchsgegnerin 2 liess sich nicht vernehmen.

II.

1. Der Gesuchsgegner 1 hat für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragt (act. 41/34 S. 2). Nachdem das Bundesgericht den diesbezüglichen Beschluss der Kammer vom 16. Oktober 2020 (Abschreibung des Gesuchs wegen Gegenstandslosigkeit) ebenfalls aufgehoben hat, ist darüber neu zu entscheiden.

Mit Verfügung vom 25. Mai 2021 (act. 51) wurde der Gesuchsgegner 1 aufgefordert, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und diverse Unterlagen einzureichen. In seiner Stellungnahme vom 6. August 2021 führt dieser sinngemäss aus, er verzichte darauf, weitere Angaben zu machen bzw. Unterlagen einzureichen (act. 60, S. 11). Damit kommt der Gesuchsgegner 1 seiner Mitwirkungsobliegenheit gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO nicht nach, weshalb seine finanziellen Verhältnisse nicht geprüft werden können und sein Gesuch ohne Weiterungen abzuweisen ist.

2. Das Bundesgericht hat das Urteil der Kammer vom 16. Oktober 2020 aufgehoben und das Ausweisungsbegehren des Gesuchstellers gutgeheissen. Damit unterliegen die Gesuchsgegner vollumfänglich, weshalb ihnen die Prozesskosten für das erst- und das zweitinstanzliche kantonale Verfahren in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO aufzuerlegen sind.

Der Gesuchsgegner 1 macht geltend, die Gesuchsgegner seien – entgegen dem Rechtsbegehren des Gesuchstellers – nicht verpflichtet worden, die Wohnung zu reinigen; darin sei ein teilweises Obsiegen zu sehen (act. 60, S. 2, 11). Dem ist nicht zu folgen. Einerseits ist im bundesgerichtlichen Urteilsspruch, wo-

nach den Gesuchsgegnern befohlen wird, die Wohnung "unverzüglich zu räumen und dem [Gesuchsteller] ordnungsgemäss zu übergeben", ohne Weiteres eine Pflicht mitenthaltend, die Wohnung zu reinigen, denn das gehört selbstredend zu einer "ordnungsgemässen Übergabe" dazu. Selbst wenn darin aber eine teilweise Abweisung des Ausweisungsbegehrens gesehen würde, wäre ein solches Unterliegen des Gesuchstellers andererseits zu gering, um bei der Kostenverlegung Berücksichtigung zu finden.

Ferner beruft sich der Gesuchsgegner 1 auf Art. 107 Abs. 1 lit. a, b und f ZPO und beantragt eine ermessensweise Abkehr von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO (act. 60, S. 2 ff.). Seine diesbezüglichen Ausführungen gehen an der Sache vorbei, denn sie zielen letztlich auf eine inhaltliche Kritik am bundesgerichtlichen Entscheid ab. Der Umstand alleine, dass der tatsächliche und rechtliche Standpunkt der Gesuchsgegner im Ausweisungsverfahren jedenfalls nicht aussichtslos war, wie sich nicht zuletzt aus dem aufgehobenen Entscheid der Kammer vom 16. Oktober 2020 ergibt und worauf der Gesuchsgegner 1 mit seinem Vorbringen sinngemäss hinweist, genügt nicht, um von der Kostenverteilung gemäss Art. 106 ZPO abzuweichen, insbesondere um einen Fall von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO (Veranlassung zur Prozessführung in guten Treuen) zu begründen. Hierfür müssten weitere gewichtige Umstände hinzukommen, etwa eine Praxisänderung bezüglich einer zu entscheidenden Rechtsfrage (vgl. z.B. BGer, 5A_195/2013 vom 9. Juli 2013, E. 3.2.1) oder eine Veranlassung zur Prozessführung durch das vorprozessuale Verhalten der Gegenpartei (vgl. etwa BGer, 4A_17/2017 vom 7. September 2017, E. 4.1).

3. Die Gesuchsgegner beanstanden in ihren Berufungen die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidgebühr sowie der Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren und machen geltend, die Prozesskosten seien auf der Grundlage eines Streitwerts von Fr. 8'760.– (sechs Bruttomietzinse à Fr. 1'460.–) und nicht von Fr. 9'780.– (sechs Bruttomietzinse à Fr. 1'630.–) zu bemessen (act. 34 S. 2; act. 41/34 S. 3). Dass der aktuelle Bruttomietzins nicht wie von der Vorinstanz angenommen Fr. 1'630.–, sondern Fr. 1'460.– beträgt, ist unbestritten. Es ist jedoch, wie bereits im Urteil vom 16. Oktober 2020 ausgeführt, für die Fest-

setzung des Streitwerts nicht auf sechs, sondern auf 44 Bruttomietzinse abzustellen, sodass von einem Streitwert von Fr. 64'240.– auszugehen ist (vgl. act. 45, E. 2.1 und E. 6.3). Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegner gilt dies nicht nur mit Bezug auf die Frage der Zulässigkeit der Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO), sondern auch hinsichtlich der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Die Entscheidgebür und die Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren wurden demzufolge im Ergebnis jedenfalls nicht zu hoch angesetzt. Die vorinstanzliche Kostenregelung ist folglich zu bestätigen.

4. Die Entscheidgebür für das zweitinstanzliche Verfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1-3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. Dem Gesuchsteller ist zudem für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zuzusprechen (§ 4 Abs. 1-3, § 9, § 11 und § 13 AnwGebV), ebenfalls unter solidarischer Haftung der Gesuchsgegner.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers und Gesuchsgegners 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 6. Juli 2020 (ER200029-M) werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und – unter solidarischer Haftung – den Gesuchsgegnern und Berufungsklägern 1 und 2 auferlegt.

3. Die Gesuchsgegner und Berufungskläger 1 und 2 werden – unter solidarischer Haftung – verpflichtet, dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner unter Beilage eines Doppels von act. 53, an den Gesuchsteller unter Beilage eines Doppels von act. 60, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'933.50 (kantonale Prozesskosten).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am: