

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## **Beschluss und Urteil vom 16. Oktober 2021**

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch C.\_\_\_\_\_,

gegen

**D.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend

### **Ausweisung / Rechtsschutz in klaren Fällen**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. Juli 2021 (ER210028)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. Der Gesuchsgegner sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse zu verpflichten, das Mietobjekt E.\_\_\_\_\_ an der F.\_\_\_\_\_strasse ... in G.\_\_\_\_\_ unverzüglich zu räumen, zu verlassen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss, gereinigt und unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel zu übergeben.
2. Das zuständige Gemeindeammannamt H.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners.

**Urteil des Einzelgerichtes:**

1. Auf das Ausweisungsbegehren vom 6. April 2021 (Poststempel vom 7. April 2021) wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'230.—. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten werden den Gesuchstellern unter solidarischer Haftung je zur Hälfte auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Der vom Gesuchsgegner geleistete Kostenvorschuss wird ihm zurückerstattet, wobei das Verrechnungsrecht des Staates vorbehalten bleibt.
5. Dem Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung
7. Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

(act. 29 S. 2)

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 5. Juli 2021 aufzuheben und das Ausweisungsgesuch vollumfänglich gutzuheissen.
2. Entsprechend sei der Gesuchsgegner unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse zu verpflichten, das E.\_\_\_\_\_ an der F.\_\_\_\_\_-strasse ... in G.\_\_\_\_\_ unverzüglich zu räumen, zu verlassen und den Gesuchstellern ordnungsgemäss, gereinigt, unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel zu übergeben.
3. Das zuständige Gemeindeammannamt H.\_\_\_\_\_ sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen der Gesuchsteller zu vollstrecken.
4. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners.

### Erwägungen:

1.

1.1. A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ sind Vermieter und D. \_\_\_\_\_ Mieter des E. \_\_\_\_\_ an der F. \_\_\_\_\_-strasse ... in G. \_\_\_\_\_ (vgl. act. 3/5 [Die I. \_\_\_\_\_ AG wurde unterdessen gelöscht, vgl. act. 3/6]). Am 9. Mai 2020 kündigten die Vermieter das Mietobjekt ordentlich per 30. September 2020 (vgl. act. 3/8). Der Mieter verblieb im Wohnhaus. Am 24. Februar 2021 kündigten die Vermieter das Mietobjekt ausserordentlich per 31. März 2021 wegen Zahlungsrückstands gemäss Art. 257d OR (vgl. act. 3/28). Der Mieter blieb weiterhin im Wohnhaus. Am 7. April 2021 stellten die Vermieter bei der Vorinstanz ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen und verlangten die unverzügliche Ausweisung des Mieters (vgl. act. 1). Nach Durchführung des Verfahrens trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein (vgl. act. 28).

1.2. Dagegen erhoben die Vermieter am 29. Juli 2021 rechtzeitig Berufung beim Obergericht (vgl. act. 29; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 26). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-26). Den verlangten Kostenvorschuss haben die Vermieter geleistet (vgl. act. 35). Am 10. August 2021 überwies die Vorinstanz dem Obergericht eine Eingabe des Mieters (vgl. act. 36 f.); am 15. September 2021 erreichte das Obergericht eine Noveneingabe der Vermieter (vgl. act. 41 f.). Die Frist zur Beantwortung der Berufung (und zur Stellungnahme zur Noveneingabe) liess der Mieter ungenutzt verstreichen (vgl. act. 43 f.). Am 18. Oktober 2021 ging eine weitere Noveneingabe der Vermieter ein, die für das vorliegende Verfahren irrelevant ist (act. 45, act. 46). Die Sache erweist sich nun als spruchreif.

1.3. Ist im Verfahren wie hier nicht nur die Ausweisung, sondern auch die Kündigung strittig, ist für die Berechnung des Streitwerts vom Mietwert für drei Jahre auszugehen (vgl. BGE 144 III 346). Der monatliche Mietzins beläuft sich auf Fr. 2'500.- (vgl. act. 3/5). Der Streitwert liegt damit über Fr. 10'000.-, weshalb gegen den vorinstanzlichen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwen-

dung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO).

2.

2.1. Art. 257 Abs. 1 ZPO sieht unter dem Titel "Rechtsschutz in klaren Fällen" vor, dass das Gericht Rechtsschutz im summarischen (raschen) Verfahren gewährt, wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b). Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen unterliegt keiner Beweisstrengebeschränkung. Blosses Glaubhaftmachen genügt für die Geltendmachung des Anspruchs nicht, sondern der Kläger hat den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Für die Verneinung eines klaren Falles genügt es, wenn der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern (vgl. BGE 138 III 620 E. 5).

2.2. In der Konstellation, in welcher die Ausweisung gestützt auf eine Kündigung angeordnet werden soll, die von dem Mieter angefochten wurde, ist zu Gunsten des Mieters zu beachten, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich die Verhandlungsmaxime gilt. In dem für mietrechtlichen Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren ist der Sachverhalt dagegen im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO von Amtes wegen festzustellen. Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden kann, ist dieser gemäss der bundesgerichtlichen Praxis nur zu gewähren, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint (BGer 4A\_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.2.2.). Ist eine Kündigung hingegen nicht innert Frist angefochten, ist sie (oder gilt sie jedenfalls als) gültig und die prozessualen Besonderheiten der Kündigungsanfechtung (insb.

Art. 247 ZPO) kommen gar nicht zum Tragen, womit auch kein Grund für verfahrensrechtliche Besonderheiten im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen besteht (OGer ZH PF190021 vom 8. August 2019 E. IV.9).

2.3. Hier ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten, dass die ordentliche Kündigung vom Mieter verspätet angefochten wurde: Die Kündigung wurde am 12. Mai 2020 zur Abholung gemeldet (vgl. act. 3/8 und act. 3/9). Damit begann die 30-tägige Anfechtungsfrist spätestens am 13. Mai 2020 zu laufen (vgl. BGE 137 III 208 E. 3). Die Anfechtung wurde aber erst am 1. Juli 2020 hängig gemacht (vgl. act. 3/12 [Wie sich aus der Noveneingabe der Vermieter ergibt, ist das Bezirksgericht Bülach unterdessen mit Entscheid vom 31. August 2021 auf die Kündigungsanfechtungsklage des Mieters wegen Nichtbezahlung des Kostenvorschusses nicht eingetreten, vgl. act. 42]). Aus den Akten ergibt sich, dass die ausserordentliche Kündigung hingegen innert Frist angefochten wurde (vgl. act. 3/1, act. 3/2 und act. 3/29). Damit ist nur bei der ausserordentlichen Kündigung, nicht aber bei der ordentlichen Kündigung die verfahrensrechtliche Besonderheit zu beachten, dass keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen dürfen.

2.4.

2.4.1. Die Vorinstanz erwog, es könne offen bleiben, ob die ordentliche Kündigung per 30. September 2020 gültig erfolgt sei. Es sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass der Mieter habe davon ausgehen dürfen, dass zwischen den Parteien stillschweigend ein neues Mietverhältnis entstanden sei: Die Vermieter hätten nach Ende des Mietverhältnisses über sechs Monate zugewartet, um rechtliche Schritte betreffend die Ausweisung des Mieters einzuleiten. Der Mieter habe auch nach dem September 2020 weiterhin jeweils Mietzinszahlungen von Fr. 2'000.– geleistet. Diese Zahlungen, welche um Fr. 500.– tiefer ausgefallen seien als im Mietvertrag festgelegt, entsprächen dem offenbar aus Sicht des Mieters infolge Mietzinsreduktion geschuldeten Betrag. Zudem halte der Mieter fest, dass er die Mietzinse immer quartalsweise bezahlt habe, was von den Vermietern nicht bestritten werde und grundsätzlich auch aus der Mahnung vom 6. Januar 2021 ersichtlich sei. Damit mache der Mieter sinngemäss eine Einigung der Parteien über

die quartalsweise Bezahlung der Mietzinse geltend. In den Mahnungen verwiesen die Vermieter einerseits auf die ordentliche Kündigung des Mietvertrags, was grundsätzlich gegen das stillschweigende Fortführen des Mietverhältnisses spreche. Gleichzeitig drohten sie aber eine ausserordentliche Kündigung infolge Zahlungsverzugs an, was wiederum ein bestehendes Mietverhältnis voraussetzen würde. Darüber hinaus sei der in den Mahnungen genannte Endtermin am 31. August 2020 in Bezug auf die per 30. September 2020 ausgesprochene Kündigung offensichtlich nicht zutreffend. Sodann lägen keine Unterlagen vor, wonach die Vermieter den Mieter am oder nach dem 30. September 2020 zur Rückgabe der Mietsache explizit aufgefordert bzw. einen Termin zur Wohnungsübergabe angesetzt hätten (vgl. act. 28 E. 3.1.).

2.4.2. Die Vermieter erklären, sie hätten in keiner Art und Weise einer Fortsetzung/Erneuerung des Mietverhältnisses nach dem 30. September 2020 zugestimmt. Der Mieter habe mit seinen Stellungnahmen auch keinen solchen Einwand vorgetragen – schon gar nicht, wie vom Bundesgericht für die Verneinung eines klaren Falls verlangt, substantiiert und schlüssig (vgl. act. 29 N 24). Dem ist zuzustimmen: Es ist nicht ersichtlich, wo der Mieter in seiner Stellungnahme zum Gesuch substantiiert und schlüssig vorgetragen haben soll, es hätte zwischen ihm und den Vermietern eine stillschweigende Einigung über einen neuen Mietvertrag gegeben (vgl. act. 13). Eine solche substantiierte und schlüssige Einwendung wäre aufgrund des geltenden Verhandlungsgrundsatzes jedoch erforderlich gewesen.

2.4.3. Weiter rügen die Vermieter zu Recht, dass selbst wenn die Vorinstanz den Sachverhalt hätte von Amtes wegen feststellen dürfen, diese das Recht unrichtig angewendet hätte (vgl. act. 29 N 25). Dies aus folgenden Gründen:

Die Vermieter erklären, sie hätten in sämtlichen, nach dem 30. September 2020 versandten Mahnungen schriftlich darauf hingewiesen, dass die Zahlungen in der Höhe des vereinbarten Mietzinses als Entschädigung für das unrechtmässige Benutzen des Mietobjektes verstanden würden und an der ausgesprochenen Kündigung sowie an der Rückgabe des Mietobjektes nach wie vor festgehalten werde (vgl. act. 29 N 27). Das steht tatsächlich in den Mahnungen (vgl. act. 3/23, 3/24

und 3/26). Dem Mieter musste also aufgrund der Formulierungen in den Mahnungen klar sein, dass die Vermieter das Mietverhältnis nach dem ordentlichen Kündigungstermin nicht weiterführen bzw. kein neues Mietverhältnis eingehen wollten. Die Vermieter haben demnach keineswegs darauf verzichtet, die Kündigung durchzusetzen, womit ein konkludenter Vertragsschluss (Art. 1 Abs. 2 OR), der nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist, ausser Betracht fällt (vgl. BGer 4A\_701/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.2.2.). Wie die Vermieter richtig ausführen (vgl. act. 29 N 30) konnte der Mieter auch nicht aus der Androhung einer (der ordentlichen Kündigung nachgeschobenen) ausserordentlichen Kündigung durch die nicht rechtskundigen Vermieter ableiten, dass das Mietverhältnis wiederauflebt – insbesondere da dies ausdrücklich im Rahmen jeder einzelnen Mahnung verneint und auf der Rückgabe der Mietsache beharrt wurde.

Die Vorinstanz bringt als Argument für einen neuen Mietvertrag vor, dass der Mieter auch nach dem September 2020 weiterhin Mietzinszahlungen geleistet hat. Es ist jedoch zu beachten, dass dem Vermieter, der Zahlungen über den Kündigungstermin hinaus entgegennimmt, für die Dauer des unrechtmässigen Verbleibs des Mieters ein Schadenersatzanspruch zusteht, der im Zweifel der Höhe des früheren Mietzinses entspricht. Schlüssiges Indiz für einen neuen Vertrag ist daher nur die Entgegennahme von regelmässigen Zinszahlungen oder gar Vorauszahlungen nach Begleichung aller Rückstände (BSK OR-Weber, 7. Aufl. 2020, Art. 257d N 14). Hier bestanden Rückstände, wie sich aus den Mahnschreiben ergibt (vgl. act. 3/23, 3/24 und 3/26), was gegen ein konkludentes Zustandekommen eines neuen Mietvertrages spricht.

Die Vorinstanz erwähnt als Argument für ein neues Mietverhältnis auch die Tatsache, dass die Vermieter nach dem Ende des Mietverhältnisses über sechs Monate zugewartet haben, um rechtliche Schritte betreffend die Ausweisung des Mieters einzuleiten. Vorliegend deutet das Zuwarten der Vermieter schon deshalb nicht auf einen stillschweigenden Abschluss eines neuen Mietvertrages hin, weil die Vermieter damit keinen Verzicht auf die Rückgabe zum Ausdruck brachten, z.B. durch die vorbehaltlose Entgegennahme künftiger und nicht nur verfallener Mietzinse (ZK-Higi, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N 65). Im Übrigen erklären die Ver-

mieter in der Berufung und erklärten bereits bei der Vorinstanz, als nicht rechtskundige Personen seien sie davon ausgegangen, dass ein Ausweisungsverfahren parallel zum seit Juli 2020 hängigen Kündigungsschutzverfahren nicht möglich sei (vgl. act. 29 N 32). Soweit die Vorinstanz das falsche Datum in den Mahnungen als Argument für einen neuen Vertrag erwähnt, erklären die Vermieter zu Recht, es sei bereits eingeräumt worden, dass es sich dabei um einen unbeachtlichen Irrtum handle. Für die Frage des Vertragsendes komme es lediglich auf den mit der Kündigung vom 9. Mai 2020 (als relevantes Schriftstück) mitgeteilten Auszugstermin an, der korrekt auf Ende September laute (vgl. act. 29 N 37). Schliesslich erklären die Vermieter zu Recht, dass auch die fehlende erneute explizite Aufforderung bzw. Terminansetzung zur Wohnungsübergabe kein entscheidendes Argument für den Abschluss eines neuen stillschweigenden Mietvertrages ist (vgl. act. 29 N 39 f.).

2.4.4. Im Ergebnis wurde der Abschluss eines neuen stillschweigenden Mietvertrags vom Mieter im vorinstanzlichen Verfahren nicht, jedenfalls nicht substantiiert behauptet. Aber selbst bei Annahme, es gelte die Untersuchungsmaxime, ergibt sich aus den Akten nicht, dass der Mieter von einem neuen Mietvertrag ausgehen konnte. Im Gegenteil musste ihm klar sein, dass die Vermieter keinen neuen Vertrag wollten. Damit kann der klare Fall nicht mit dem Argument verneint werden, es sei nicht auszuschliessen, dass ein neuer Mietvertrag entstanden sei. Ist die Kündigung wie hier nicht rechtzeitig angefochten, ist sie bzw. gilt sie wie gesagt als gültige Kündigung. Der Mieter befand sich daher ab 1. Oktober 2020 ohne Rechtsgrund im Mietobjekt. Damit ist der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar. Dem Ausweisungsbegehren der Vermieter hätte damit stattgegeben werden müssen. Die Sache ist sodann spruchreif. Entsprechend kann die Berufung und damit auch das Ausweisungsbegehren gutgeheissen werden.

2.5. Im Übrigen ist der Vorinstanz auch insoweit nicht zuzustimmen, als diese im Zusammenhang mit der ausserordentlichen Kündigung erwägt, die Verrechnungseinrede des Mieters erscheine insbesondere aufgrund des Schreibens von act. 14/1 nicht von vorneherein haltlos, und mit der pauschalen Bestreitung der

Verrechnung hätten die Einwände nicht sofort als unzutreffend entkräftet werden können (vgl. act. 28 E. 3.2.3). Bei der ausserordentlichen Kündigung hatte die Vorinstanz zwar zu prüfen, ob Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen. Sie hat solche Zweifel aber zu Unrecht aus dem Schreiben vom 10. Juni 2020 abgeleitet:

Damit ausstehende Mietzinse durch Verrechnung getilgt werden, muss der Mieter die Verrechnung einerseits während der angesetzten Nachfrist erklären und andererseits muss die Verrechnungserklärung den Willen des Erklärenden unzweideutig wiedergeben sowie für den Verrechnungsgegner klar sein, mit welcher Schuld er verrechnen soll (BK OR-Giger, Art. 257d N 27). Die Vermieter machen nun in der Berufung zu Recht geltend, dass die Auflistung von angeblich geleisteten Arbeiten unter Angabe einer unspezifischen Geldsumme ("mehrere tausend Franken"), wie sie im Schreiben vom 10. Juni 2020 enthalten sei, offenkundig nicht einer gültigen Verrechnungserklärung i.S.v. Art. 124 OR entspreche. Dafür fehle es an der Erkennbarkeit und Eindeutigkeit der Verrechnungserklärung und an der Angabe des genauen Umfangs. Ferner seien diese Arbeiten im Juni 2020 erwähnt worden. Unbestrittenermassen sei innert der im Januar 2021 angesetzten Zahlungsfrist bei den Vermietern keine Verrechnungserklärung seitens des Mieters eingetroffen (vgl. act. 29 N 45 ff.). Die Vorinstanz hat die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung nur im Zusammenhang mit der Verrechnung geprüft. Auf eine abschliessende Prüfung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung kann jedoch verzichtet werden, da sich das klare Recht bereits aus der ordentlichen Kündigung ergibt.

2.6. Der Mieter ist folglich zu verpflichten, das E.\_\_\_\_\_ an der F.\_\_\_\_\_strasse ... in G.\_\_\_\_\_ bis zum 1. November 2021 zu räumen und den Vermietern ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

3.

3.1. Da der Mieter in beiden Verfahren vollumfänglich unterliegt, wird er sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren grundsätzlich

kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Er hat im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (vgl. act. 12). Die Vorinstanz schrieb das Gesuch mangels Kostenaufgabe ab (vgl. act. 28). Da dem Mieter nach Gutheissung der Berufung nun doch die erstinstanzlichen Gerichtskosten auferlegt werden, ist das Gesuch zu prüfen. Es ist abzuweisen, da sich der Mieter auch innert der durch die Vorinstanz gewährten Frist nicht hinreichend zu seinen finanziellen Verhältnissen geäußert und keine Unterlagen dazu eingereicht hat (vgl. act. 15, act. 18 und act. 19).

3.2. Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr wurde von den Parteien nicht beanstandet und die Vorinstanz hat ihr Ermessen bei der Festsetzung nicht verletzt. Es bleibt damit bei einer Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 1'230.–. Nicht nur die Vermieter (vgl. act. 7), sondern auch der Mieter hat (irrtümlicherweise) einen Kostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 1'230.– bezahlt (vgl. act. 8). Die Gebühr von Fr. 1'230.– ist mit dem vom Mieter geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Der von den Vermietern geleistete Vorschuss ist ihnen zurückzuerstatten.

3.3. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 90'000.– (vgl. oben E. 1.3.) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Gebühr ist mit dem von den Vermietern für das Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu verrechnen. Der Mieter ist zu verpflichten, den Vermietern die Fr. 2'000.– zu ersetzen.

3.4. Der Vertreter der Vermieter (ihr Sohn) verlangt eine nach Ermessen des Obergerichts festzusetzende Umtriebsentschädigung für das Berufungsverfahren (vgl. act. 29 N 64). Dass einer nicht anwaltlich vertretenen Partei ersatzfähige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO; BGer 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2). Inwiefern den obsiegenden Vermietern im Berufungsverfahren solche ausnahmsweise ersatzfähigen Umtriebskosten entstanden sein sollen, legen diese nicht dar. Im Übrigen machen sie auch keinen Auslagenersatz im Sinne von

Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO geltend. Entsprechend ist ihnen keine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

3.5. Im vorinstanzliches Verfahren beantragte der Vertreter der Vermieter eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO von Fr. 2'000.–. Dort begründete er seinen Antrag: Er habe nach der Arbeit sowie in seiner Freizeit über 70 Stunden für die Angelegenheiten mit dem Mieter investiert und seit Februar 2021 ausserdem über Freunde juristische Unterstützung beigezogen. Zwischen dem Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung (schnellstmögliche Ausweisung des Mieters, der sich seit Oktober 2020 widerrechtlich im Mietobjekt aufhalte und keine einzige Mietforderung rechtzeitig oder vollständig bezahlt habe) bestehe ein vernünftiges Verhältnis (vgl. act. 1 N 67 f.). Der Vertreter der Vermieter verwies für die 70 Stunden auf eine Excel-Tabelle mit seinem Arbeitsaufwand (vgl. act. 2/33), wobei sich aber nur ein kleiner Teil der dort aufgeführten Aufwände tatsächlich auf das Ausweisungsverfahren bezieht.

Die Entschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO ist in erster Linie als Ausgleich für den Verdienstausfall einer selbständig erwerbenden Person gedacht. Sie ist nur dann ausnahmsweise zuzusprechen, wenn es sich um eine komplizierte Sache mit hohem Streitwert handelt, der Aufwand erheblich ist und zwischen diesem und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 95 N 25). Nicht ersatzfähig sind Kosten für die Unterstützung von Dritten, wenn diese Unterstützung nicht eine berufsmässige Vertretung darstellt (BGer 4A\_233/2017 vom 28. September 2017 E. 4.5.).

Das vorinstanzliche Ausweisungsverfahren war nicht derart kompliziert, der Streitwert nicht derart hoch und der Aufwand für den Sohn der Vermieter nicht derart erheblich, dass sich eine ausnahmsweise Entschädigung der Umtriebe gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO rechtfertigen würde. Sodann entfällt nach dem Gesagten auch ein Ersatz von Kosten für die juristische Unterstützung durch Freunde. Im Ergebnis ist weder für das erst- noch für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuchs des Berufungsbeklagten auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. Juli 2021 aufgehoben.
2. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, das E. \_\_\_\_\_ an der F. \_\_\_\_\_ -strasse ... in G. \_\_\_\_\_ bis spätestens **1. November 2021, 12.00 Uhr**, zu räumen und den Berufungsklägern ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.
3. Das Stadtammannamt H. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem **1. November 2021** auf Verlangen der Berufungskläger die Verpflichtung des Berufungsbeklagten gemäss Ziff. 2 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von den Berufungsklägern vorzuschüssen. Sie sind ihnen aber vom Berufungsbeklagten zu ersetzen.
4. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'230.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und mit seinem für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'230.– verrechnet.

Der von den Berufungsklägern für das erstinstanzliche Verfahren geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'230.– wird diesen zurückerstattet, wobei das Verrechnungsrecht des Staates vorbehalten bleibt.

5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'000.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von den Berufungsklägern für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, den Berufungsklägern Fr. 2'000.– zu ersetzen.
6. Für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen ausgesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 37, sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 90'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: