

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG130011-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 11. September 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend
Ausweisung / Forderung

Berufung gegen ein Urteil des Kollegialgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom 21. März 2013 (MD130002)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1 f.)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, die 3 ½-Zimmerwohnung Appartement ..., ...str. ... in C. _____ zu räumen und in ordnungsgemäsem Zustand der Klägerin zu übergeben unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfalle.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 23'100.– für ausstehende Mietzinse (Mai/Juni/Juli/August und September 2012 à je Fr. 3'300.–) zu bezahlen, sowie Schadenersatz für die Monate Oktober und November 2012 in der Höhe des ordentlichen Mietzinses von Fr. 3'300.–.
3. Des weiteren sei der Beklagte zu verpflichten, die bisherigen Rechtskosten der Klägerin in der Höhe von insgesamt Fr. 3'000.– zu bezahlen nebst Verzugszins zu 5% seit 1. Mai 2012 (mittlerer Verfall).

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung erweitertes Rechtsbegehren:

(act. 30 S. 1, sinngemäss)

1. [...]
2. [...] Der Beklagte sei zudem zu verpflichten, der Klägerin Schadenersatz für den monatlichen Mietzins von Fr. 3'300.– für die Monate Dezember 2012 sowie Januar und Februar 2013 im Gesamtbetrag von Fr. 9'900.– zu bezahlen.
3. [...]

Urteil des Mietgerichts Zürich vom 21. März 2013:

(act. 42 S. 14 f.)

1. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 1 wird dem Beklagten befohlen, die 3 ½-Zimmerwohnung, Appartement ..., ...strasse ..., C._____, unverzüglich zu räumen und der Klägerin in ordnungsgemäsem Zustand zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtmannamt D._____ wird angewiesen, diesen Befehl auf Verlangen der Klägerin zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber, einschliesslich der Rechtskraftbescheinigungskosten, vom Beklagten zu ersetzen.
3. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 2 wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 33'000.– zu bezahlen.
4. Rechtsbegehren Ziffer 3 wird abgewiesen.
5. Die Gerichtskosten werden festgesetzt auf:

Fr.	6'000.00	;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	0.00		Barauslagen
Fr.	6'000.00		Kosten total
6. Die Gerichtskosten werden zu 1/20 der Klägerin und zu 19/20 dem Beklagten auferlegt. Sie werden von der Klägerin unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses von Fr. 5'450.– bezogen, sind ihr aber vom Beklagten im Umfang von Fr. 5'150.– zu ersetzen. Der Fehlbetrag von Fr. 550.– wird vom Beklagten nachgefordert.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Gerichtsurkunde.

9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge des Beklagten und Berufungsklägers:

(act. 43 S. 9)

- " 1. Berufung gegen das Urteil des Mietgerichts Zürich, Wengistrasse 30, 8026 Zürich, Geschäfts-Nr. MD130002-L/U, vom 21. März 2013 mit aufschiebender Wirkung.
Begründung: Wie zuvor.
2. Abweisung der Ausweisung.
Begründung: Eine Ausweisung kann und darf nur erfolgen, wenn eine ordentliche Kündigung vorausgegangen ist. Das Mietverhältnis der E. _____ AG wurde bis zum heutigen Tag weder gerügt noch gekündigt; sonst wie zuvor.
3. Feststellung unserer Schadenersatzforderungen und Verrechnung an die Klägerin.
4. Abweisung des Rechtsbegehrens der Klägerin im Urteil des Mietgerichts Zürich vom 21. März 2013, Seite 2 (act. 1. S. 1 f.) Punkt 1 bis 3 und der erweiterten Rechtsbegehren act. 30 S. 1 sinngemäss, Punkt 1-3. Begründung wie zuvor.
5. Klärung und Anerkennung der Richtigkeit und der Echtheit des Mietvertrages mit der E. _____ AG. Anordnung eines grafologischen Gutachtens für den Mietvertrag der E. _____ AG.
Begründung wie zuvor.
6. Prüfung einer wesentlich falschen Aussage der Klägerin in der Hauptverhandlung vom 21. März 2013 vor dem Mietgericht Zürich. Begründung wie zuvor."

Erwägungen:

I.

1. Unstrittiger Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) vermietete dem Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) ab dem 1. Oktober 2008 auf unbefristete Zeit die möblierte Wohnung "App. ..." im 5. Stock an der ...strasse ... in C._____. Als monatlicher Mietzins wurden brutto Fr. 3'600.– vereinbart (act. 3/1 = act. 32/2).

1.2 Die von der Klägerin mit Kündigungsschreiben vom 29. Dezember 2008 per 31. Januar 2009 ausgesprochene Kündigung wurde vom Beklagten bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich angefochten. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 17. Februar 2009 schlossen die Parteien einen Vergleich (act. 3/3), worin unter anderem die Nichtigkeit der Kündigung vom 29. Dezember 2008 per 31. Januar 2009 festgestellt und der monatliche Mietzins inklusive Nebenkosten mit Wirkung ab 1. Januar 2009 auf Fr. 3'300.– reduziert wurde.

1.3 Mit Begleitschreiben vom 12. Juni 2012 (act. 3/5a) und amtlichem Formular vom 12. Juni 2012 kündigte die Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, den mit dem Beklagten geschlossenen Mietvertrag unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten Frist auf den 30. September 2012 mit der Begründung "verspätete Mietzinszahlungen" und "subjektive Unverträglichkeit" (act. 3/5b).

1.4 Mit Einschreiben vom 12. Juni 2012 setzte Rechtsanwalt Y._____ dem Beklagten unter Hinweis auf Art. 257d OR und Androhung der Kündigung sodann eine Frist von 30 Tagen zur Begleichung der ausstehenden Mietzinse für die Monate Mai und Juni 2012 in der Höhe von insgesamt Fr. 6'600.– an, unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass dieses Mahnschreiben die Gültigkeit der auf den 30. September 2012 ausgesprochenen Kündigung nicht tangiere und daran festgehalten werde (act. 3/4a). Der Beklagte liess die angesetzte Zahlungsfrist ungenutzt verstreichen, weshalb Rechtsanwalt Y._____ namens der Klägerin den Mietvertrag am 26. Juli 2012 unter Verwendung des amtlich genehmigten

Formulars (act. 3/6b) und mit Begleitschreiben vom 25. Juli 2012 (act. 3/6a) gestützt auf Art. 257d OR auf den 31. August 2012 kündigte. Im Begleitschreiben wurde darauf hingewiesen, dass – sollte diese Kündigung aus irgendeinem Grund nichtig, unwirksam oder missbräuchlich sein – an der ordentlichen Kündigung vom 12. Juni 2012 per 30. September 2012 festgehalten werde. Obwohl der Beklagte diese Kündigungen in der Folge nicht anfocht, unterliess er es, die Räumlichkeiten per 31. August 2012 zu räumen, und hält sich weiterhin in der Wohnung auf (act. 1 S. 2; Prot.-I S. 10).

1.5 Mit Eingabe vom 14. November 2012 machte die Klägerin das Verfahren betreffend Ausweisung und mit Eingabe vom 6. Dezember 2012 das Verfahren betreffend Forderung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig (act. 4 S. 2; act. 5 S. 2). Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 14. Dezember 2012 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, sodass die Schlichtungsbehörde der Klägerin mit gleichentags ergangenen Beschlüssen die Klagebewilligungen erteilte (act. 4 und act. 5).

1.6 Gestützt auf diese Klagebewilligungen reichte die Klägerin am 18. Januar 2013 beim Mietgericht Zürich Klage mit den eingangs genannten Rechtsbegehren betreffend Ausweisung und Forderung ein (act. 1). Mit Beschluss vom 24. Januar 2013 (act. 7) wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (act. 14). Mit Präsidialverfügung vom 11. Februar 2013 wurde dem Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 15). Die Klageantwort vom 13. Februar 2013 (act. 21) wurde mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2013 (act. 24) der Klägerin zugestellt. Am 18. Februar 2013 wurden die Parteien auf den 21. März 2013 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 27). Nach Durchführung der Hauptverhandlung (Prot.-I S. 8 ff.) fällte das Kollegialgericht des Mietgerichts Zürich am 21. März 2013 das Urteil (act. 38 [= act. 42], vgl. Dispositiv vorstehend S. 2 f.).

1.7 Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Beklagten mit Eingabe vom 14. Juli 2013 rechtzeitig (vgl. act. 40) erhobene Berufung (act. 43). Parallel dazu ging eine Berufung der E._____ AG gegen dasselbe Urteil ein, auf welche wegen fehlender

Legitimation der E. _____ AG nicht eingetreten wurde (Geschäfts-Nr. NG130012, act. 50). Den mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2013 (act. 44) verlangten Kostenvorschuss leistete der Beklagte fristgerecht (vgl. act. 45/1 und act. 49).

1.8 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-40). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde verzichtet (vgl. Art. 312 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkung

Einleitend ist festzuhalten, dass nachfolgend nur auf die für das Berufungsverfahren wesentlichen Ausführungen des Beklagten eingegangen wird. Seine Beanstandungen zur Person der Klägerin sind unangebracht und tragen nichts zur Sache bei.

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie (lit. a) ohne Verzug vorgebracht werden und (lit. b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die Berufungsinstanz ist befugt, Beweise abzunehmen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Das Bundesgericht bestätigte die Geltung dieser Novenbeschränkung insbesondere auch für Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 ZPO, in welchen gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO die "soziale Untersuchungsmaxime" zur Anwendung gelangt (BGE 138 III 625 Erw. 2.2).

2. Mietvertrag mit der E. _____ AG

2.1 Zu Recht macht der Beklagte in seiner Berufungsschrift geltend, dass nur das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und ihm Gegenstand des vorliegenden Ausweisungs- und Forderungsverfahrens sei (act. 43 S. 3 ff.). Wie im Beschluss vom 29. Juli 2013 (Geschäfts Nr. NG130012) festgehalten, hat die E. _____ AG am vorinstanzlichen Verfahren weder als Klägerin oder als Beklagte noch als Nebenpartei teilgenommen und ist daher keine Prozesspartei. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war nur das Mietverhältnis (bzw. die Kündigung desselben) zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Es ist dabei nicht von

Belang, dass der Beklagte im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens auf ein weiteres Mietverhältnis zwischen der E. _____ AG und der Klägerin Bezug nahm. Die Rechte der E. _____ AG werden durch die streitgegenständliche Ausweisung nicht tangiert (act. 50).

2.2 Dennoch beantragt der Beklagte in seinem im Berufungsverfahren gestellten Rechtsbegehren Ziffer 5 (act. 43 S. 9): "Klärung und Anerkennung der Richtigkeit und der Echtheit des Mietvertrages mit der E. _____ AG. Anordnung eines grafologischen Gutachtens für den Mietvertrag der E. _____ AG." Er führt dazu aus, es sei bereits vor Vorinstanz im Namen der E. _____ AG ein grafologisches Gutachten über den Mietvertrag der Klägerin mit der E. _____ AG verlangt worden. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz beide Mietverträge zu den Akten genommen und angekündigt, dass ein solches Gutachten erstellt werde. Dies sei nicht geschehen. Ohne die tatsächliche Anordnung eines grafologischen Gutachtens sei die Vorinstanz nicht berechtigt gewesen, den besagten Mietvertrag einzuziehen. Es werde im Namen der E. _____ AG gefordert, dass die Vorinstanz das Original des Mietvertrages unverzüglich der E. _____ AG zurückgebe. Die E. _____ AG werde einen neutralen Grafologen aufsuchen, um die Echtheit des Mietvertrages zu beweisen. Sobald bewiesen sei, dass beide Mietverträge echt seien, werde die Klägerin der Lüge überführt und habe strafrechtliche Konsequenzen zu erwarten. Das Obergericht sei verpflichtet, die entsprechenden Straftatbestände aufzuklären und zu ahnden. Es sei vom Obergericht zu klären, ob der Mietvertrag der Klägerin mit der E. _____ AG rechtens sei (act. 43 S. 3 ff.).

2.3 Es ist richtig, dass sich ein (original) Mietvertrag zwischen der Klägerin und der E. _____ AG bei den vorinstanzlichen Akten befindet (vgl. act. 32/1). Dieser wurde vom Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. März 2013 ins Recht gelegt (Prot.-I S. 8). Aus dem Protokoll der Hauptverhandlung geht weiter hervor, dass der Beklagte ausführte "Ich bringe die Mietverträge auch gerne für das Gericht zu einem Graphologen.", und der Mietgerichtspräsident daraufhin erwiderte, dass ein solches Gutachten – sofern nötig – vom Gericht selber in Auftrag gegeben würde, was allerdings mit Kosten von ca. Fr. 3'000.– verbunden

sei (Prot.-I S. 16 unten). Von einer Ankündigung, dass ein grafologisches Gutachten effektiv in Auftrag gegeben werde, ist den Akten nichts zu entnehmen.

Entgegen den Ausführungen des Beklagten war die Vorinstanz im Weiteren sehr wohl berechtigt, den von ihm anlässlich der Verhandlung eingereichten Vertrag zwischen der Klägerin und der E. _____ AG als Einlegerakte zu den Akten zu nehmen. Der Beklagte scheint zu verkennen, dass die Entgegennahme dieses Schriftstücks nicht mit einer Verpflichtung gleichzusetzen ist, bei einer sachverständigen Personen ein entsprechendes Gutachten einzuholen. Aufgrund der vorliegenden Sachlage war (und ist) die Einholung eines Gutachtens über die Echtheit des Mietvertrages zwischen der Klägerin und der E. _____ AG nicht angezeigt, da ein solches zum Ausweisungs- und Forderungsverfahren zwischen den Prozessparteien nichts hätte beitragen können.

Hingegen kann dem Beklagten zugestimmt werden, dass der eingereichte Original-Mietvertrag (act. 32/1) ihm – nicht der E. _____ AG – nach Rechtskraft wieder auszuhändigen ist. Dies ist im Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) so geregelt. Dort steht zur Aktenführung und Aktenaufbewahrung in § 130 Abs. 1 GOG: Das Gericht sorgt für die systematische Ablage der Akten und deren fortlaufende Erfassung in einem Verzeichnis. Es kann in einfachen Fällen von einem Verzeichnis absehen. Gemäss § 130 Abs. 2 GOG sind Originaldokumente den berechtigten Personen gegen Empfangsbestätigung zurückzugeben, sobald die Sache rechtskräftig entschieden ist.

2.4 Der Beklagte wirft der Klägerin vor, im Zusammenhang mit der Echtheit des Mietvertrages eine wissentlich falsche Aussage gemacht zu haben und verlangt vom Obergericht den entsprechenden Straftatbestand zu prüfen und zu ahnden (act. 43 S. 6). Dies ist nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens. Ob ein Straftatbestand erfüllt ist, wäre vielmehr im Rahmen eines strafrechtlichen Verfahrens zu klären. Für eine entsprechende Anzeige von Seiten des Gerichts besteht jedenfalls kein Anlass. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 6 "Prüfung einer wissentlich falschen Aussage der Klägerin in der Hauptverhandlung vom 21. März 2013 vor dem Mietgericht Zürich." ist nicht einzutreten (act. 43 S. 9).

3. Ausweisung

3.1 Die Vorinstanz führte zusammengefasst aus, die Kündigung vom 26. Juli 2012 auf den 31. August 2013 sei sowohl frist- als auch formgerecht erfolgt. Der Beklagte mache zwar geltend, berechtigt gewesen zu sein, die Mietzinse zurückzubehalten, weil die Klägerin ihm im Mai 2012 "F. _____ vorgestellt" und er deswegen einen Schaden von EUR 50'000.– erlitten habe (act. 43 S. 5 f.). Es gebe jedoch keine Hinweise darauf und werde vom Beklagten auch nicht behauptet, geschweige denn belegt, dass er innerhalb der angesetzten 30-tägigen Zahlungsfrist Verrechnung erklärt habe. Es sei daher davon auszugehen, dass der Beklagte es versäumt habe, innerhalb der Zahlungsfrist Verrechnung zu erklären. Es sei belegt, dass die Mietzinse für Mai und Juni 2012 nicht bezahlt worden seien (act. 13/5-6); dies werde vom Beklagten nicht bestritten. Die Klägerin sei somit zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt gewesen. Die Kündigung vom 26. Juli 2012 auf den 31. August 2012 erweise sich als wirksam. Das Mietverhältnis mit dem Beklagten sei daher per 31. August 2012 gültig beendet worden. Dem Beklagten sei daher zu befehlen, die streitgegenständliche Wohnung unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben (act. 42 S. 9 ff.).

3.2 Der Beklagte setzt sich im Rahmen seiner Berufungsbegründung kaum mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Ausweisung auseinander. Er macht einzig geltend, das Mietverhältnis mit der E. _____ AG sei nicht gekündigt worden (act. 43 S. 6 f.). Im Weiteren macht er erneut Ausführungen zur Begegnung mit F. _____ und dem ihm daraus zugefügten wirtschaftlichen und geschäftsschädigenden Schaden (act. 43 S. 5 ff.).

3.3 Wie vorstehend ausgeführt (vgl. Ziffer 2), geht es vorliegend ausschliesslich um das Mietverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Dieses ist – wie von der Vorinstanz zu Recht festgestellt und vom Beklagten im Berufungsverfahren nicht bestritten – von der Klägerin unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen sowohl frist- wie auch formgerecht gekündigt worden (vgl. act. 42 S. 9 Ziff. 2.3). Innerhalb der angesetzten 30-tägigen Zahlungsfrist hat der Beklagte weder die Mietzinse für die Monate Mai und Juni 2012 bezahlt noch

Verrechnung erklärt. Dies wird vom Beklagten auch nicht behauptet. Aufgrund des per 31. August 2012 gültig beendeten Mietverhältnisses der Parteien hat die Vorinstanz dem Beklagten richtigerweise befohlen, die streitgegenständliche Wohnung unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben (act. 42 S. 9 ff.). Die Gutheissung des Ausweisungsbegehrens der Klägerin ist nicht zu beanstanden.

4. Ausstehende Mietzinse und Schadenersatz / Verrechnung

4.1 Die Vorinstanz erachtete die geltend gemachte Forderung der Klägerin von insgesamt Fr. 33'000.– für ausstehende Mietzinse (Mai 2012 bis und mit August 2012) und Schadenersatz (September 2012 bis und mit Februar 2013) als geschuldet und hiess die Forderungsklage in vollem Umfang gut. Die Forderung sei vom Beklagten nicht bestritten worden. Hingegen habe der Beklagte ausgeführt, die Klägerin schulde ihm über Fr. 91'000.–, was von letzterer bestritten worden sei.

Es wurde folglich geprüft, ob der Beklagte eine Forderung gegenüber der Klägerin hatte, welche er zur Verrechnung hätte bringen können. Dazu führte die Vorinstanz aus, der Beklagte habe lediglich ein Betreibungsbegehren und eine Forderungsaufstellung eingereicht, wonach die Klägerin ihm für "Mietminderungen für diverse Mängel" Fr. 9'000.–, wegen "Irreführung F. _____" Fr. 80'000.– sowie Verzugszins von Fr. 2'005.90 schulde. Der Beklagte sei aber weder in der Lage gewesen, diese Mängel zu substantiieren noch habe er Belege für die geltend gemachten "diversen Mängel" eingereicht, die es in der Wohnung gegeben haben soll. Auch die Ausführungen betreffend das "Darlehen F. _____" seien weder substantiiert noch belegt worden. Eine zu verrechnende Forderung des Beklagten sei aufgrund der Akten und des Gesagten daher nicht rechtsgenüglich dargetan (act. 42 S. 11 ff.).

4.2 Der Beklagte macht in seiner Berufungsschrift geltend, die Vorinstanz habe richtig festgehalten, dass er grundsätzlich berechtigt sei, seine Schäden und Ansprüche zu verrechnen. Die Mängel (z.B. ein leckes Heizungsventil) in der Wohnung seien seit Jahren vorhanden. Das Obergericht könne das auch selber

durch ein Gutachten überprüfen lassen oder einen Augenschein nehmen. Die Klägerin und F._____, vertreten durch deren gemeinsame Firma G._____ AG, würden ihm Fr. 100'000.– schulden. Dieser Anspruch sei vertraglich fixiert. Der Beklagte moniert, dass ihm im Hinblick auf die vorinstanzliche Hauptverhandlung vom 21. März 2013 nicht angezeigt worden sei, dass er anlässlich dieser den Nachweis über die Schäden hätte erbringen müssen. Er sei nicht darauf vorbereitet gewesen und habe es auch nicht sein müssen; die Schäden seien nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen. Er habe bereits vor Schlichtungsbehörde Fotos und eine CD mit den exorbitant hohen Geräuschen der Lüftung vorgelegt. Die Mängel seien der Klägerin vollumfänglich bekannt, aber bis anhin nicht beseitigt worden. Selbstverständlich könne er im Berufungsverfahren vor Obergericht alle Schäden durch Verträge und Zeugenaussagen beweisen (act. 43 S. 1, S. 5 und 7 f.).

Bereits in seiner Klageantwort führte der Beklagte aus, er mache eine Forderung von Fr. 91'000.– gegenüber der Klägerin geltend. Er sei berechtigt, diese zu verrechnen. Des Weiteren gäbe es in der Wohnung diverse Mängel, welche die Klägerin seit mehr als einem Jahr nicht beseitigt habe (act. 21). Zu seiner Klageantwort reichte er eine Kopie eines an das Betreibungsamt H._____ adressierten Schreibens mit dem Titel "Betreibungsbegehren" vom 9. November 2011 sowie eine Forderungsaufstellung ein (act. 23/1-2). Daraus geht hervor, dass der Beklagte gegenüber der Klägerin eine Forderung von insgesamt Fr. 91'005.90 geltend macht, die sich wie folgt zusammensetzt: Mietminderungen für diverse Mängel Fr. 9'000.–, Irreführung Darlehen F._____ Fr. 80'000.– und Verzugszins von Fr. 2'005.90. Auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. März 2013 führte der Beklagte aus, F._____ schulde ihm aus einem Darlehensvertrag EUR 50'000.– (Prot.-I S. 11 f.). Auch machte er erneut geltend, dass es sehr viele Mängel in der Wohnung gebe (Prot.-I S. 15).

4.3 Schulden zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine

Gegenforderung bestritten wird (Art. 120 Abs. 2 OR). Ob die Einwendung der Verrechnung begründet ist, beurteilt sich nach den materiellrechtlichen Verrechnungsregeln von Art. 120-126 OR.

4.4 Die Vorinstanz hat die Verrechnungseinrede des Beklagten zu Recht verworfen, weil dieser seine Forderungen hinsichtlich der Mängel in der streitgegenständlichen Wohnung und des Darlehensvertrages mit F._____ weder substantiiert dargelegt noch belegt hat. Unter diesen Umständen konnten die verrechnungsrechtlichen Voraussetzungen (insbesondere Bestand der Forderungen und Gegenseitigkeit der Forderungen) gar nicht geprüft werden.

Der Beklagte beanstandet im Besonderen, dass er nicht darüber unterrichtet worden sei, dass er anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung seine Forderungen substantiiert hätte darlegen müssen. Dies sei nicht Gegenstand der Hauptverhandlung bzw. sei er nicht darauf vorbereitet gewesen.

Mit Beschluss vom 24. Januar 2013 wurde dem Beklagten die Klageschrift der Klägerin zugestellt (act. 7). Mit Klageantwort vom 13. Februar 2013 erhob der Beklagte die Einwendung der Verrechnung (act. 21), wodurch die Abgabe dieser Verrechnungserklärung zum Gegenstand des vorliegenden Prozesses wurde. Der Beklagte behauptet, die Klägerin schulde ihm Fr. 91'005.90, die er mit der von ihr eingeklagten Forderung verrechnen wolle. Diese vom Beklagten aufgestellten Tatsachen waren somit von ihm substantiiert zu behaupten (Art. 222 Abs. 2 ZPO, Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO). Sodann hat gemäss Art. 8 ZGB grundsätzlich diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Mit der Parteirolle im Prozess hat die Beweislast nichts zu tun (BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 41 m.w.H.). Der Beklagte hat seine Verrechnungsforderungen selber zum Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens gemacht. Es erstaunt daher, dass er nun geltend macht, nicht darauf vorbereitet gewesen zu sein.

4.5 Der Beklagte ist überdies darauf hinzuweisen, dass die von ihm in Aussicht gestellten Beweismittel (Gutachten, Augenschein, Urkunden und Zeugen) im Rahmen des Berufungsverfahrens wegen der Novenbeschränkung im Sinne von

Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden können. Die vom Beklagten im Berufungsverfahren beantragte "Feststellung unserer Schadenersatzforderungen und Verrechnung" (Rechtsbegehren Ziffer 3, act. 43 S. 9) ist daher abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgangsgemäss hat der Beklagte die Kosten für das Rechtsmittelverfahren zu tragen. Grundlage für die Festsetzung der Gerichtskosten bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von über Fr. 100'000.– (vgl. act. 43) und unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 12 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen und aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Eine Parteientschädigung an die Klägerin ist mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 21. März 2013 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Der Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage einer Kopie von act. 43, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 über Fr. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Graf

versandt am: