

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG210014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichterin lic. iur. N.
Jeker sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Beschluss und Urteil vom 3. November 2021

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

gegen

B._____ **AG**,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Mietgerichtes Zürich vom
9. Juni 2021 (MJ200078)

Rechtsbegehren:

(act. 42 und Prot. S. 7 ff. sinngemäss)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 10'140.– (ausstehende Mietzinse) zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2020 zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei weiter zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 1'007.85 (Schadenersatz) zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Oktober 2020 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 10'140.– zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2020 sowie Fr. 1'007.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Oktober 2020 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 165.00 Dolmetscherkosten;
Fr. 1'965.00 Kosten total.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt. Sie werden von der Klägerin unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses von Fr. 2'140.– bezogen, sind ihr aber vom Beklagten in vollem Umfang zu ersetzen. Der nicht benötigte Betrag des Vorschusses wird der Klägerin herausgegeben.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 57 S. 2)

Antrag: Es sei das Urteil des Mietgerichts Zürichs aufzuheben. Der Vertrag sei auszulegen. Die Kündigung des möblierten Zimmers sei gemäss Art. 266e OR zu akzeptieren und damit die Unrichtigkeit der Forderung anzuerkennen und dem Kläger das Depositum samt Zins zurückzuerstatten und eine Schadenersatzforderung von Fr. 3'000.– zuzusprechen.

Eventualantrag: Es sei das Urteil des Mietgerichts Zürich aufzuheben und das nicht Zustandekommen des Vertrages festzustellen und somit die Kündigung des möblierten Einzelzimmers zu akzeptieren und die Forderung abzulehnen, ausserdem dem Kläger das Depositum samt Zins zurückzuerstatten und eine Schadenersatzforderung von Fr. 3'000.– zuzusprechen.

Subeventualantrag: Es sei das Urteil des Mietgerichts Zürich aufzuheben und es sei die Sache dem Mietgericht Zürich zur Anhörung des Klägers und richtigen Sachverhaltserstellung zurückzuüberweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren und das bisherige Verfahren vor dem Mietgericht Zürich zu Lasten der Berufungsbeklagten (Prozessentschädigung zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer).

Erwägungen:

1.

1.1. Am 23. Dezember 2013 schlossen die B. _____ AG und Herr A. _____ einen Mietvertrag für ein möbliertes Appartement an der C. _____-Gasse ... in ... Zürich ab (vgl. act. 45/1). Mit Schreiben vom 29. März 2020 kündigte der Mieter gestützt auf Art. 266e OR das Mietverhältnis per Ende April 2020 (vgl. act. 45/2). Mit E-Mail vom 22. April 2020 erklärte die Vermieterin, das Mietverhältnis könne gemäss Mietvertrag nur mit dreimonatiger Kündigungsfrist auf Ende März oder Ende September gekündigt werden, womit der Mietvertrag als auf Ende September 2020 gekündigt gelte (vgl. act. 45/4). In der Folge hielten sowohl der Mieter als auch die Vermieterin an ihren Standpunkten fest, wonach die Kündigung per Ende April 2020 rechtens sei bzw. nicht akzeptiert werde (vgl. act. 45/5 und act. 45/6). Mit Schreiben vom 28. Mai 2020 kündigte der Mieter das Mietverhältnis erneut, diesmal per Ende September 2020 (vgl. act. 45/7). Die Vermieterin reichte am 24. Juli 2020 eine Klage bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein und verlangte vom Mieter die ausstehenden Mietzinse von April bis September 2020 zuzüglich Zins. Im Rahmen des Schlichtungsverfahrens erhob der Mieter Widerklage und verlangte die Herausgabe der Mietkaution sowie Schadenersatz von Fr. 19'200.– zuzüglich Zins. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 4. Dezember 2020 konnte zwischen den Parteien kein Vergleich geschlossen werden (vgl. act. 3).

1.2. Am 18. Dezember 2020 reichte die Vermieterin beim Einzelgericht des Mietgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) eine unbegründete Klage ein und verlangte Fr. 10'290.– für aufgelaufene Mietzinse inkl. Mahngebühren sowie Fr. 2'497.85 Schadenersatz gemäss Schlussrechnung vom 15. Oktober 2020 (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 209 Abs. 2 lit. b ZPO, mit dem Weiterzug der Hauptklage werde dem Gericht ohne weiteres auch die Widerklage zur Beurteilung unterbreitet. Entsprechend setzte es sowohl der Vermieterin als auch dem Mieter Frist an zur Bezahlung eines Kostenvorschusses (vgl. act. 7). Da der Mieter den Kostenvorschuss auch innert einer Nachfrist nicht bezahlte, trat die Vorinstanz mit Verfügung vom

3. Februar 2021 auf die Widerklage nicht ein (vgl. act. 17). Diese Verfügung war vom Mieter nicht angefochten worden.

1.3. Nach einmaliger Verschiebung fand die Hauptverhandlung bezüglich der Hauptklage am 9. Juni 2021 statt, wobei der Mieter nicht vor Gericht erschien und die Vermieterin neu Fr. 10'140.– zuzüglich Zins für ausstehende Mietzinse sowie Fr. 1'007.85 zuzüglich Zins als Schadenersatz verlangte (vgl. Prot. VI S. 7 ff.). Mit Urteil vom 9. Juni 2021 verpflichtete die Vorinstanz den Mieter, der Vermieterin Fr. 10'140.– zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juni 2020 sowie Fr. 1'007.85 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Oktober 2020 zu bezahlen (act. 56).

1.4. Mit Eingabe vom 14. September 2021 (Datum Poststempel) erhob der Mieter rechtzeitig Berufung beim Obergericht und beantragte die Aufhebung des Urteils, die Anerkennung der Unrichtigkeit der Forderung, die Zurückerstattung des Depositums (Fr. 1'690.–) samt Zinsen und die Zusprechung einer Schadenersatzforderung von Fr. 3'000.– (act. 57 S. 2 und 5; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 54). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-54). Nachdem dem Mieter mit Verfügung vom 27. September 2021 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren angesetzt worden war, reichte er mit Eingabe vom 15. Oktober 2021 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein (vgl. act. 60-63). Auf dieses Gesuch ist später zurückzukommen. Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.5. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht. Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt: Die Vorladung zur Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 sei inhaltlich korrekt erfolgt und sie sei mehr als zehn Tage vor der Verhandlung versandt worden. Aufgrund der Zustellungsfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO habe die Vorladung des Mieters als am 30. April 2021 erfolgt gegolten. Der Mieter sei somit der Hauptverhandlung trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt ferngeblieben. Die Vermieterin habe geltend gemacht, die Mietzinse für die Monate April bis September 2020 seien vom Mieter nicht bezahlt worden. Dies sei seitens des Mieters unbestritten geblieben. Betragsmässig sei die Forderung für ausstehende Mietzinse ausgewiesen, setze sie sich doch aus den sechs Monatsmietzinsen à Fr. 1'690.– für die betreffenden Monate zusammen.

Die Schadenersatzforderung von Fr. 1'007.85 – so die Vorinstanz weiter – leite die Vermieterin aus der Schlussrechnung vom 15. Oktober 2020 ab und die Forderung setze sich wie folgt zusammen: Fr. 500.– Appartement Reinigung, Bad Küche, Glas; Fr. 850.– Malen; Fr. 349.95 Matratze 140x200; Fr. 95.– Küchenwasserhahngriff; Fr. 702.90 offene Rechnungen (Schloss, Streichen, Entsorgung); abzüglich Fr. 1'490.– Depot. Anlässlich der Hauptverhandlung habe die Vermieterin ausgeführt, die Wände seien bei Mietende durch das ständige Rauchen des Mieters völlig vergilbt und die Matratze von Brandlöchern übersät gewesen. Die Wände hätten deshalb erneut gestrichen werden müssen, obwohl sie aufgrund des exzessiven Zigarettenkonsums bereits 2015 einmal gestrichen worden seien. Ausserdem habe der Mieter einen Wasserhahn zerstört und die Wohnung nicht in gereinigtem Zustand hinterlassen. Diese Behauptungen seien seitens des Mieters allesamt unbestritten geblieben. Die Kosten seien ausgewiesen, weshalb auch die Forderung von Fr. 1'007.85 vollumfänglich zuzusprechen sei (vgl. act. 56 E. II.2.2., II.2.5., III.1.2., III.2.1. und III.2.4.).

2.2. Der Mieter ist der Ansicht, sein Fernbleiben von der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 könne nicht zu seinem Nachteil berücksichtigt werden: Er sei aus gesundheitlichen Gründen ausser Stande gewesen, sein Postfach fristgerecht zu öffnen. Sobald er anfangs Mai 2021 die Abholungseinladung für die Vorladung

gesehen habe, habe seine Tochter die Vorinstanz telefonisch gefragt, ob sie die Vorladung nochmals zusenden könne. Dies sei bejaht worden. Es sei aber nicht gesagt worden, wann die Gerichtsverhandlung stattfände, da nur die Tochter am Telefon gewesen sei. Die Einladung sei trotz Versprechen nicht nochmals geschickt worden. Er habe deshalb keine Kenntnis von der Gerichtsverhandlung gehabt (vgl. act. 57 S. 11).

Dem Mieter wurde am 21. April 2021 eine Vorladung für die Hauptverhandlung am 9. Juni 2021 per Einschreiben zugeschickt. Die Vorladung wurde vom Mieter nicht abgeholt (vgl. act. 41). Da der Mieter sich am Schlichtungsverfahren beteiligt und sich auch im vorinstanzlichen Verfahren verschiedentlich geäußert hatte, musste er mit weiteren Zustellungen rechnen (vgl. OGer ZH PF180004 vom 8. Februar 2018 E. 4.3.2.). Damit galt die Vorladung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Der Zustellversuch geschah am 23. April 2021, womit die Vorladung entsprechend als am 30. April 2021 dem Mieter zugestellt galt (vgl. act. 41 und act. 41a).

Es ergeben sich sodann aus den Akten keine Hinweise für ein unrechtmässiges bzw. gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Vorladung, welches zur Ungültigkeit der Vorladung führen muss. Im Gegenteil hat die Vorinstanz dem Mieter am 3. Mai 2021 wunschgemäß eine Kopie der Vorladung zugeschickt. Dies mit dem Hinweis dass es sich lediglich um eine Kopie handle und die Vorladung vom 21. April 2021 massgebend sei (vgl. act. 40). Allein die theoretische Möglichkeit, dass die freiwillig und uneingeschrieben versandte Kopie der Vorladung den Mieter nicht erreicht hat, kann nicht dazu führen, dass die Zustellfiktion nicht zur Anwendung gelangt bzw. der Mieter als nicht gehörig vorgeladen gilt. Damit kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, der Mieter sei der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2021 unentschuldig ferngeblieben.

2.3. Der Mieter wendet weiter ein, die Vorinstanz habe es versäumt zu überprüfen, ob seine Kündigung vom 29. März 2020 (act. 45/2) gestützt auf Art. 266e OR rechtmässig gewesen sei oder nicht. Diese Kündigung sei rechtmässig und rechtzeitig erhoben worden, weshalb es keine rechtmässige Forderung der Vermieterin

gebe (vgl. act. 57 S. 4 Mitte und S. 7 Mitte). Der Vermieter könne den Mieter in einem Vertrag nicht übermässig an sich binden, indem er für das Objekt klar geltende Kündigungsfristen, hier gemäss Art. 266e OR über das möblierte Zimmer, einfach anders betitle und dadurch eine übermässige Bindung mit nur zwei Kündigungsmöglichkeiten erziele (vgl. act. 57 S. 8 oben).

Mit Schreiben vom 29. März 2020 kündigte der Mieter den Mietvertrag gestützt auf Art. 266e OR mit einer Frist von zwei Wochen auf Ende April 2020 (vgl. act. 45/2). Anders als die Vermieterin (vgl. act. 42 N 20) stellt sich der Mieter also auf den Standpunkt, es handle sich beim streitgegenständlichen Mietobjekt um ein möbliertes Zimmer im Sinne von Art. 266e OR. Ein solches kann nach der gesetzlichen Regel mit einer Frist von zwei Wochen auf Ende einer einmonatigen Mietdauer gekündigt werden. Die Parteien eines Mietvertrages für ein möbliertes Zimmer im Sinne von Art. 266e OR können jedoch die Kündigungsfrist verlängern und den Endtermin ändern (vgl. Art. 266a Abs. 1 OR sowie ZK-Higi, 5. Auflage 2020, Art. 266e N 57 f.). Von dieser Möglichkeit machten die Parteien hier Gebrauch: Gemäss Mietvertrag vom 23. Dezember 2013 ist eine Kündigung nur möglich mit dreimonatiger Kündigungsfrist auf Ende März oder Ende September (vgl. act. 45/1). Selbst wenn es sich beim streitgegenständlichen Mietobjekt also um ein möbliertes Zimmer im Sinne von Art. 266e OR handelt, hat die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Kündigung vom 29. März 2020 per Ende April 2020 abgestellt.

Der Mieter behauptet in der Berufung neu, der Mietvertrag vom 23. Dezember 2013 (und damit auch die Regelung zur Kündigung) sei nicht gültig zustande gekommen (vgl. act. 57 S. 5 f.). Die Ausführungen zur Gültigkeit des Mietvertrags hätte der Mieter jedoch bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können. Es handelt sich deshalb um unzulässige neue Vorbringen im Berufungsverfahren (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz ging demnach zu Recht davon aus, das Mietverhältnis zwischen den Parteien sei per Ende September 2020 gekündigt worden (gestützt auf Art. 266a Abs. 2 OR und gestützt auf die Kündigung vom 28. Mai 2020 [act. 45/7]). Die Behauptung der Vermieterin, es seien die Mietzinse von April bis September 2020 nicht bezahlt worden, blieb unbestritten. Entspre-

chend verpflichtete die Vorinstanz den Mieter zu Recht, der Vermieterin die ausstehenden Mieten für diesen Zeitraum zuzüglich Zins zu bezahlen.

2.4. In seiner Berufung bestreitet der Mieter neu die verschiedenen Schadenspositionen gemäss Schlussrechnung vom 15. Oktober 2020 (vgl. act. 57 S. 10 f.). Die Vorbringen zu diesen Schadenspositionen hätten wiederum bereits im vorinstanzlichen Verfahren geäussert werden können; auch diese bleiben unbeachtlich. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Erwägung, wonach die Behauptungen der Vermieterin zu den verschiedenen Schadenspositionen gemäss Schlussrechnung im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten blieben und die Kosten ausgewiesen sind. Entgegen der Ansicht des Mieters wurde das Malen/Streichen im Übrigen nicht doppelt berücksichtigt: Die Position "Malen Fr. 850.–" betrifft das Jahr 2020, währendem die Position "Offene Rechnungen (Schloss, Streichen, Entsorgung) Fr. 702.90" das Jahr 2015 betrifft (vgl. act. 5/2, act. 42 S. 5 und act. 43/9). Damit hat die Vorinstanz im Ergebnis auch die Forderung des Vermieters in Höhe von Fr. 1'007.85 zuzüglich Zins zu Recht bejaht.

2.5. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen, soweit sie sich auf die beiden von der Vorinstanz beurteilten Forderungen der Vermieterin von Fr. 10'140.– und Fr. 1'007.85 bezieht.

2.6. Nicht zuständig ist das Obergericht sodann, soweit der Mieter mit seiner Berufung auch noch die Herausgabe der Kautions sowie einen Schadenersatz von Fr. 3'000.– verlangt. Über diese Forderung wurde im vorliegend angefochtenen Entscheid der Vorinstanz gar nicht entschieden. Vielmehr war darauf bereits mit Verfügung vom 3. Februar 2021 (act. 17) nicht eingetreten worden, was vom Mieter nicht angefochten worden war. Insoweit ist auf die Berufung in diesem Umfang nicht einzutreten.

3.

3.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 15'837.85 (Fr. 10'140.– + Fr. 1'007.85 + Fr. 1'690.– + Fr. 3'000.–) resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– für

das zweitinstanzliche Verfahren. Da der Mieter unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen für dieses Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: dem Mieter nicht, weil er unterliegt, und der Vermieterin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

3.2. Der Mieter stellte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (vgl. art. 62-63). Da sich die Berufung nach dem Gesagten von vornherein als aussichtslos im Sinne des Art. 117 ZPO erweist, fehlt es an einer der zwei grundlegenden Voraussetzungen, die zugleich erfüllt sein müssen, damit die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden kann. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, soweit sie sich auf die vom Mieter geforderte Herausgabe der Mietkaution und Schadenersatzzahlung von Fr. 3'000.– bezieht.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit sie sich auf die Forderungen der Vermieterin in Höhe von Fr. 10'140.– zuzüglich Zins und Fr. 1'007.85 zuzüglich Zins bezieht. Das Urteil des Einzelgerichts des Mietgerichts Zürich vom 9. Juni 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von Doppel der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 Bundesge-

richt, 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. 15'837.85.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Jenny

versandt am: