

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF120065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## **Beschluss und Urteil vom 28. Dezember 2012**

in Sachen

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

Beklagter und Beschwerdeführer,

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend

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

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2012 (ER120290)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 17. Oktober 2012 verlangte der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Beschwerdegegner) bei der Vorinstanz die Ausweisung des Beklagten und Beschwerdeführers (nachfolgend Beschwerdeführer) aus der 2.5-Zimmer-Wohnung Nr. ... im 1. Stock der Liegenschaft an der ...strasse ..., C.\_\_\_\_\_. Mit Verfügung vom 29. Oktober 2012 wies die erkennende Einzelrichterin ein Gesuch des Beschwerdeführers um Verschiebung der Verhandlung ab, da der angeführte Grund des Beschwerdeführers keine Verschiebung rechtfertigte. Der Beschwerdeführer erschien dennoch unentschuldigt nicht zur vorinstanzlichen Verhandlung. Mit Urteil vom 8. November 2012 verpflichtete die Vorinstanz den Beschwerdeführer, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und dem Beschwerdegegner zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils). Die Vorinstanz wies ausserdem das Stadttammannamt D.\_\_\_\_\_ an, auf Verlangen des Beschwerdegegners die Verpflichtung des Beschwerdeführers gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils (richtigerweise gemäss Dispositiv-Ziffer 2) zu vollstrecken (Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils).

1.2. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 (Poststempel) erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil. Da sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist, wird auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

### 2. Wiederherstellung

2.1. Der Beschwerdeführer bringt wohl sinngemäss vor, die Abweisung des Verschiebungsgesuchs im vorinstanzlichen Verfahren sei zu Unrecht erfolgt ("Mit der weiteren Bemerkung, dass in diesem Augenblick kurz nach dem komplizierten Operation und unter dem Einfluss von depressiven Schmerzmittel [Tramadol] war"). Die vorinstanzliche Verfügung vom 29. Oktober 2012, in welcher das Ver-

schiebungsgesuch abgewiesen wurde, wurde vom Beschwerdeführer jedoch nicht angefochten. Der Beschwerdeführer hätte immerhin noch innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes bei der Vorinstanz ein Wiederherstellungsgesuch einreichen können (vgl. Art. 148 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer stellte das Gesuch aber erst mit seiner Beschwerde vom 20. Dezember 2012.

2.2. Die Rechtsmittelinstanz ist zwar nicht für die Beurteilung eines solchen Wiederherstellungsgesuches zuständig. Es kann der Vollständigkeit halber dennoch auf Folgendes hingewiesen werden: Gemäss den eingereichten Arztzeugnissen hatte der Beschwerdeführer am 10. Oktober 2012 eine Operation und war dann vom 10. Oktober 2012 bis zum 28. Oktober 2012 sowie vom 29. Oktober 2012 bis zum 9. November 2012 krank bzw. zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Ein Wiederherstellungsgesuch hätte der Beschwerdeführer innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes (soweit die Arbeitsunfähigkeit denn überhaupt einen Säumnisgrund darstellte, was hier nicht zu prüfen ist) stellen müssen, also spätestens am 19. November 2012. Das entsprechende Gesuch in der Beschwerde vom 20. Dezember 2012 (Poststempel) erfolgte damit verspätet. Es ist deshalb von der Säumnis des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen, und eine Überweisung des Wiederherstellungsgesuchs an die Vorinstanz erweist sich aufgrund der klaren Verspätung als nicht erforderlich.

### 3. Noven

Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren Noven nicht zulässig. Der Beschwerdeführer blieb gemäss den vorstehenden Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren säumig. Die Vorinstanz entschied deshalb gestützt auf die Akten. Die vom Beschwerdeführer in der Beschwerde vorgebrachten Einwendungen gegen die Ausweisung, welche allesamt Noven darstellen, sind nicht zu berücksichtigen. Demgemäss ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### 4. Rügen

4.1. Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, wäre sie abzuweisen. Mit der Beschwerde kann eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich

unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 320 ZPO). Der Beschwerdeführer rügt nichts dergleichen.

4.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe dem Beschwerdegegner vorgeschlagen, er könne mit ihm einen Termin für die Räumung der Wohnung Ende Februar oder Ende März 2013 vereinbaren. Damit macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, er habe dem Beschwerdegegner eine Erstreckung vorgeschlagen. Die der Ausweisung zugrundeliegende Kündigung des Beschwerdegegners stütze sich auf Art. 257d OR (Zahlungsverzugskündigung). Die Erstreckung ist bei Zahlungsverzugskündigungen von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Wenn der Beschwerdegegner eine Erstreckung nicht von sich aus gewährt, nützt dieser Hinweis im Ausweisungsverfahren nichts, vor allem stellt der Hinweis keine Rüge dar.

4.3. Die Vorinstanz erwog (E. 4.3), es könne nicht von einer gültigen Herabsetzungserklärung des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Es liege auch kein Fall einer Hinterlegung im Sinne von Art. 259g OR vor. Der Beschwerdeführer habe sich somit im Zeitpunkt der Zahlungsfristansetzung mit Kündigungsandrohung im Zahlungsverzug befunden. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Beschwerdegegner habe den Antrag auf Mietzinsreduktion abgewiesen und die Anfrage für die detaillierten Berechnungen der finanziellen Ansprüche nicht beantwortet. Inwiefern die vorinstanzliche Erwägung auf falschen Tatsachen basieren oder falsch sein soll, wird durch das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht klar. Auch hier fehlt es an einer Rüge.

4.4. Zum Schluss bringt der Beschwerdeführer noch vor, die Frage der Miete für den Oktober 2009 sei ihm gegenüber zum ersten Mal im September 2012 erwähnt worden. Eine Miete für den Oktober 2009 wird im vorinstanzlichen Urteil nicht erwähnt. Es ist deshalb nicht ersichtlich, inwiefern dieses Vorbringen im Beschwerdeverfahren von Belang sein sollte bzw. eine Rüge darstellen soll.

5. Unentgeltliche Rechtspflege

Soweit der Beschwerdeführer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt ("Mit der Bemerkung, dass meine aktuelle finanzielle Situation erlaubt es mir nicht, die Prozedur zu bezahlen oder macht es sehr problematisch"), ist dieses abzuweisen. Die Beschwerde erweist sich von vornherein als aussichtslos.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Der Streitwert im Ausweisungsverfahren bestimmt sich danach, wie lange der Vermieter mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann (Diggelmann, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 91 N. 45). Praxisgemäss rechnet die II. Zivilkammer bis zur effektiven Ausweisung mit einer Verfahrensdauer von sechs Monaten. Bei einem monatlichen Mietzins von insgesamt brutto Fr. 1'651.– ergibt sich demnach ein Streitwert von Fr. 9'906.–. Beim in Frage stehenden Streitwert betragen die Kosten für das Beschwerdeverfahren Fr. 1'000.– (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2. Dem Beschwerdegegner ist mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie der Beschwerdeschrift, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

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. 9'906.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: