

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF150066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss und Urteil vom 27. November 2015

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ und / oder MLaw X2.____,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Oktober 2015 (ER150163)

Erwägungen:

1.1. A._____ (Gesuchsgegner und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) mietete mit Vertrag vom 29. Oktober 2012 (recte wohl: 2013) bzw.

30. Oktober 2013 von B._____ (Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) einen Lagerraum unter der Autospritzwerkstatt sowie 2 Räume im Kellergeschoss in der Liegenschaft an der C._____ -strasse 10 in Zürich (act. 4/2). Dieses Mietverhältnis wurde von der Berufungsbeklagten mit amtlich genehmigtem Formular vom 21. Januar 2015 per 28. Februar 2015 gekündigt (act. 4/7). Als Kündigungsgrund gab die Berufungsbeklagte einen Zahlungsrückstand trotz erfolgter Fristansetzung und Mahnung gemäss Art. 257d Abs. 2 OR an.

1.2. Am 6. März 2015 leitete die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich ein Ausweisungsverfahren gegen den Berufungskläger ein (act. 1). Mit Urteil vom 29. Mai 2015 hiess das Einzelgericht das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten gut, verpflichtete den Berufungskläger, die Mieträumlichkeiten an der C._____ -strasse 10, Zürich, im Einzelnen den Lagerraum unter der Autospritzwerkstatt sowie die zwei Räume im Kellergeschoss, zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 13 = act. 25). Mit Beschluss und Urteil vom 2. September 2015 hiess die Kammer die dagegen gerichtete Beschwerde des Berufungsklägers gut, stellte die Nichtigkeit des Urteils vom 29. Mai 2015 fest und wies die Sache zur Wiederholung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück (Geschäfts-Nr.: PF150044, act. 27).

1.3. Mit Verfügung vom 22. September 2015 stellte die Vorinstanz dem Berufungskläger das Doppel des Ausweisungsbegehrens samt Beilagen zu und setzte ihm Frist zur schriftlichen Stellungnahme an (act. 30). Nachdem der Berufungskläger keine Stellung genommen hatte (act. 31), hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten mit Urteil vom 26. Oktober 2015 gut und verpflichtete den Berufungskläger, die Mieträumlichkeiten an der C._____ -strasse 10, Zürich, im Einzelnen den Lagerraum unter der Autospritzwerkstatt so-

wie die zwei Räume im Kellergeschoss, zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 32 = act. 37).

1.4. Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 20. November 2015 Beschwerde bei der Kammer (act. 38). Er verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Abweisung des Ausweisungsbegehrens und (sinngemäss) eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Zudem stellt er ein Ausstandsgesuch betreffend den Vorderrichter und beantragt in prozessualer Hinsicht, es sei dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei ihm für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-35). Auf die Anordnung weiterer prozessleitender Schritte wurde verzichtet, da sich die Sache als spruchreif erweist.

2.

2.1. Erstinstanzliche Endentscheide, deren Streitwert wie vorliegend Fr. 10'000.-- übersteigen (vgl. E. 6.2. nachfolgend), sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO). Da nach der Praxis der Kammer ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt wird (OGer ZH, NQ110026 E. 2.2 vom 23. Juni 2011), ist das vorliegend als Beschwerde bezeichnete Rechtsmittel somit als Berufung entgegenzunehmen und zu behandeln.

2.2. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Ver-

zug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.3. Die vorliegende Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit einem Antrag versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.4. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Berufung von Gesetzes wegen die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge hemmt (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Damit wird das Gesuch des Berufungsklägers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig.

3.

3.1. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die allgemeinen rechtlichen Grundlagen der Zahlungsverzugskündigung detailliert und in der Sache zutreffend dar (vgl. act. 37 S. 3). Sie blieben zu Recht unangefochten, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann. Die Vorinstanz stellte sodann fest, dass der Berufungskläger innert Frist keine Stellung zum Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten genommen habe, weshalb deren Sachdarstellung unbestritten geblieben sei. Danach habe die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 3. Dezember 2014 den Berufungskläger für ausstehende Mietzinsen gemahnt und ihm eine dreissigtägige Frist zur Begleichung der Ausstände angesetzt, mit der Androhung, dass bei deren unbenütztem Ablauf das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde. Nachdem der Berufungskläger die ausstehenden Mietzinse nicht innert Frist beglichen habe, habe die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger am 21. Januar 2015 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 28. Februar 2015 gekündigt. Mit der Zahlungsaufforderung und der Kündigung seien die Formen und Fristen von Art. 257d und Art. 266I OR eingehalten worden und das Mietverhältnis sei gültig per 28. Februar 2015 aufgelöst worden. Der Berufungskläger befinde sich daher heu-

te ohne Rechtsgrund im Mietobjekt, weshalb das Ausweisungsbegehren gutzuheissen sei (act. 37 S. 3 f.).

3.2. Der Berufungskläger bringt im Berufungsverfahren dagegen zusammengefasst vor, die Vorinstanz habe ihm mit eingeschriebener Postsendung vom 8. Oktober 2015 das Klagedoppel zugestellt. Das habe ihn erstaunt, weil er ein solches bereits gehabt habe. In der Folge habe er bei der Vorinstanz telefonisch nachgefragt, ob er noch eine Sendung zu erwarten habe und wie das Verfahren weitergehe, worauf ihm mitgeteilt worden sei, er solle auf weitere schriftliche Zustellungen warten. Anstatt eine Vorladung zu erhalten, habe er am 10. November 2015 aber direkt das Urteil bekommen, ohne dass er hätte Stellung nehmen können. Langsam komme ihm der Gedanke, dass an der Sache etwas faul sei. Auch beim ersten Ausweisungsurteil habe man offensichtlich nicht gewollt, dass er Kenntnis vom Urteil oder vom Klagedoppel habe. Denn dann wäre ihm sofort aufgefallen, dass die Mahnung für die Dezember-Miete von D._____ geschrieben worden sei, gegen welchen ein Strafverfahren wegen Urkundenfälschung, Nötigung, Erpressung und Drohung laufe. Er traue D._____ alles zu, auch dass dieser einen Zustellzettel der Post verschwinden lasse. Er habe auch nie eine Mietzinsmahnung bekommen und aus diesem Grund sei die Kündigung nicht rechtskräftig (act. 38 S. 2). Er verlange, dass der Fall nicht mehr von Bezirksrichter Dr. E._____ ("Antrag der Befangenheit"), sondern erstinstanzlich von Bezirksrichter lic. iur. F._____ oder wenn möglich direkt vom Obergericht beurteilt werde. Des Weiteren laufe der Mietvertrag im März 2016 aus. Er habe die Mieträumlichkeiten sehr aufwändig umgebaut und diese Einbauten könnten nicht innert Tagen einfach ausgebaut werden. (act. 38 S. 3).

Darüber hinaus macht der Berufungskläger Ausführungen zum Urteil der Kammer vom 2. September 2015 und dem damit aufgehobenen Urteil der Vorinstanz vom 29. Mai 2015. Da der Inhalt dieser Urteile jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet, ist auch nicht weiter darauf einzugehen.

4.

4.1. Der Berufungskläger macht damit einerseits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, weil er im vorinstanzlichen Verfahren nicht habe Stellung nehmen können. In diesem Zusammenhang stellt der Berufungskläger zudem ein Ausstandsbegehren betreffend den Vorderrichter. Auf der anderen Seite bestreitet der Berufungskläger die Rechtmässigkeit der Kündigung.

4.2. Vorab ist festzuhalten, dass dem Berufungskläger mit Verfügung der Vorinstanz vom 22. September 2015 Gelegenheit gegeben wurde, zum Ausweisungsverfahren schriftlich Stellung zu nehmen (act. 30). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass diese Verfügung dem Berufungskläger als Gerichtsurkunde zugestellt wurde. Der Berufungskläger hat die Sendung gemäss Auszug der Post am 8. Oktober 2015 persönlich beim Postschalter entgegengenommen (act. 31). Zwar behauptet der Berufungskläger mit dieser Sendung lediglich das Klagedoppel erhalten zu haben. Dafür bestehen in den Akten jedoch keine Anhaltspunkte, vielmehr hat der Berufungskläger nach den Akten quittiert für "Verf. vom 22.9.2015" (act. 31). Zum Beweis reicht der Berufungskläger das entsprechende Couvert der Vorinstanz im Original ein (act. 40/9). Es enthält das Klagedoppel mitsamt den Beilagen, nicht aber die Verfügung vom 22. September 2015. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass die Verfügung auch ursprünglich nicht darin enthalten war, weil das Couvert geöffnet ist und die Verfügung ohne Weiteres hätte entnommen werden können. Ebenfalls spricht gegen die Tatsache, dass dem Berufungskläger das Couvert mit lediglich dem genannten Inhalt zugestellt wurde, dass es sich um ein Fenstercouvert handelt. Damit das Couvert dem Berufungskläger zugestellt werden konnte, hätte es in jedem Fall zumindest ein Deckblatt mit seiner Adresse geben müssen. Ein solches ist in dem zu den Akten gereichten Couvert indes nicht enthalten. Selbst wenn es aber so gewesen wäre, dass der Berufungskläger lediglich das Klagedoppel erhalten hat, so kann auf Grund des bereits damals bestandenen Prozessrechtsverhältnisses vom Berufungskläger erwartet werden, dass er sich beim Gericht telefonisch erkundigt hätte, zumal er selber angibt, sich darüber gewundert zu haben, nur und bereits zum zweiten Mal das Klagedoppel zu erhalten. Der Berufungskläger beruft

sich zwar auf ein darauffolgendes Telefongespräch mit der Vorinstanz, äussert sich aber weder zum Datum, Zeitpunkt noch Gesprächspartner. Insofern substantiiert er seine Behauptung nicht. Auch ergibt sich aus dem vom Berufungskläger wiedergegebenen Inhalt des angeblichen Telefongesprächs nicht, dass er konkret darauf hingewiesen hätte, am 8. Oktober 2015 nur das Klagedoppel erhalten zu haben. Hinzu kommt, dass sich in den Akten ebenfalls keine Anhaltspunkte für ein solches Gespräch finden lassen. Insgesamt erscheinen die diesbezüglichen Ausführungen des Berufungsklägers daher als Schutzbehauptungen. Gestützt auf die Akten ist demnach davon auszugehen, dass dem Berufungskläger die Verfügung vom 22. September 2015 zugestellt wurde und er durchaus die Möglichkeit hatte, sich im vorinstanzlichen Verfahren schriftlich zu äussern. Einen Anspruch auf mündliche Stellungnahme besteht im summarischen Verfahren überdies nicht (Art. 253 ZPO). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher nicht festzustellen.

4.3. Da sich der Berufungskläger im vorinstanzlichen Verfahren nicht hat vernehmen lassen, blieben die Vorbringen der Berufungsbeklagten unbestritten. Zudem besteht für das Nachholen von Bestreitungen im Berufungsverfahren auf Grund der geltenden Novenbeschränkung (vgl. E. 2.2. vorstehend) kein Raum, weshalb auch nicht weiter auf die Ausführungen des Berufungsklägers zum Sachverhalt, insbesondere zur Rechtmässigkeit der Kündigung, einzugehen ist. Diese hätte er im vorinstanzlichen Verfahren machen können und müssen. Seine Ausführungen zum Umbau der Mieträumlichkeiten und zum angeblichen Mietende im März 2016, womit der Berufungskläger scheinbar auf eine Erstreckung des Mietverhältnisses abzielt, wären ferner bereits bei der Vorinstanz unbehelflich gewesen, weil bei Kündigungen wegen Zahlungsverzugs eine Erstreckung ohnehin von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist (vgl. Art. 272 Abs. 1 lit. a OR). Gestützt auf die (unbestrittenen) Vorbringen und Urkunden der Berufungsbeklagten hat die Vorinstanz schliesslich zu Recht die Gültigkeit der Kündigung des Mietverhältnisses festgestellt und das Ausweisungsbegehren gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid ist nicht zu beanstanden.

4.4. Die Berufung erweist sich daher als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Im Weiteren ist auch das Ausstandsbegehren des Berufungsklägers betreffend den erstinstanzlichen Richter abzuweisen. Denn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder anderer Verfahrensrechte durch den Vorderrichter ist nicht ersichtlich, und selbst wenn prozessuale Fehler vorgekommen wären, begründeten sie nicht den Ausstand des Richters (vgl. BGE 116 Ia 135 E. 3a).

5.

5.1. Damit bleibt das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Aussichtslos sind Begehren dann, wenn deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde. Die Prozesschancen sind in vorläufiger summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (ZK ZPO-EMMEL, 2. Aufl. 2013, Art. 117 N 13).

5.2. Wie gesehen, erweist sich die vorliegende Berufung als von vornherein aussichtslos, weshalb auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen verzichtet werden kann. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist bereits deshalb abzuweisen.

6.

6.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr im Kanton Zürich berechnet sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG).

6.2. Der Berufungskläger bestreitet im Rahmen des Ausweisungsverfahrens im Wesentlichen die gültige Auflösung des Mietverhältnisses, weshalb der Streitwert des Berufungsverfahrens dem Mietzins entspricht, der für die Dauer bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin geschuldet ist, gerechnet ab dem bestrittenen Kündigungstermin (28. Februar 2015; act. 4/7). Dabei ist auch der Kündigungsschutz (Sperrfrist) von drei Jahren gemäss Art. 271a lit. e OR zu berücksichtigen (DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 44). Der nächstmögliche Kündigungstermin wäre somit der 30. Juni 2019 (vgl. act. 4/2). Demzufolge ist bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 650.-- (vgl. act. 3/1) von einem Streitwert von Fr. 33'800.-- auszugehen.

6.3. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'000.-- festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung ist der Berufungsbeklagten mangels ihr entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungskläger um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Oktober 2015 wird bestätigt.
2. Das Ausstandsbegehren des Berufungsklägers wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

4. Der Berufungsbeklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 38, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 33'800.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
27. November 2015