

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF190033-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 14. August 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. ...,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

1 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Dietikon vom 29. Mai 2019 (ER190027)

Rechtsbegehren:

des Gesuchstellers (act. 1 S. 2):

- " 1. Es sei den Gesuchsgegnern 1 und 2 zu befehlen, der gesuchstellenden Partei die 3 ½-Zimmerwohnung, 1. OG, C. _____-strasse ..., D. _____, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall;
2. Das Gemeindeammannamt D. _____ sei anzuweisen, den Befehl gemäss Ziff. 1 hiervor nach Eintritt der Vollstreckbarkeit auf erstes Verlangen der gesuchstellenden Partei zu vollstrecken;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten der beiden Gesuchsgegner 1 und 2 – unter solidarischer Haftung."

der Gesuchsgegner 1 und 2 (act. 18 S. 1):

- " 1. Das Gesuch um Ausweisung aus der 3.5-Zimmerwohnung, 1. OG, C. _____-strasse, D. _____ sei abzuweisen.
2. Eventualiter: Aus das Gesuch um Ausweisung aus der 3.5-Zimmerwohnung, 1. OG, C. _____-strasse, D. _____ sei nicht einzutreten.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers zuzüglich MWST von 7,7 %."

Urteil des Einzelgerichts

(act. 18 = act. 22 = act. 24)

1. Den Gesuchsgegnern wird befohlen, die 3 ½-Zimmerwohnung, 1. OG, C. _____-str. ..., D. _____ unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt D. _____ wird angewiesen, auf Verlangen des Gesuchstellers den Befehl gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschüssen.

Sie sind ihm aber von den Gesuchsgegnern unter solidarischer Haftung zu ersetzen.

3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 4. Die Entscheidgebühr wird den Gesuchsgegnern auferlegt, jedoch mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'200.– verrechnet. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Gesuchsteller diesen Betrag zu ersetzen.
 5. Die Gesuchsgegner werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
- 6.-7. Schriftliche Mitteilung / Beschwerde 10 Tage

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners 1 und Berufungsklägers (act. 23 S. 2):

- " 1.1 Das Urteil des BG Dietikon vom 29. Mai 2019 (Geschäfts-Nr. ER190027-M/U) sei aufzuheben und auf das Gesuch betreffend Ausweisung sei nicht einzutreten.
- 1.2 Eventualiter: Das Urteil des BG Dietikon vom 29. Mai 2019 (Geschäfts-Nr. ER190027-M/U) sei aufzuheben und auf das Gesuch betreffend Ausweisung sei nicht einzutreten.
- 1.3 Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung betr. Rechtskraft und Vollstreckung zu erteilen.
- 1.4 Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
- 1.5 Es sei von Amtes wegen festzustellen,
 - a) dass E._____ nicht mehr an der C._____ -strasse ...,
D._____ wohnt, sondern an der F._____ -strasse ...,
G._____ ,
 - b) dass somit jegliches Rechtsschutzinteresse an der Ausweisung bezüglich E._____ fehlt und damit Gegenstandslosigkeit gegeben ist und
 - c) dass damit E._____ die Passivlegitimation im Gesuch um Abweisung fehle.

1.6 Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdegegners/Gesuchsteller zuzüglich MWST 7.7 %."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 33 S. 2):

" 1. Ziff. 1.1, Ziff. 1.2, Ziff. 1.3, Ziff. 1.4 und Ziff. 1.5 des Rechtsbegehrens des Berufungsklägers seien abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist;

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. B._____ (Gesuchsteller und Berufungsbeklagter, nachfolgend Berufungsbeklagter) ist infolge Erbteilung Alleineigentümer einer Liegenschaft an der C._____ -strasse ... in D._____ geworden (vgl. act. 3/1-3). Als solcher ist er in das am 11. August 2000 zwischen der damaligen Vermieterschaft und den Eheleuten A._____ (Gesuchsgegner 1 und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) und E._____ (Gesuchsgegnerin 2) geschlossene Mietverhältnis für eine 3.5 Zimmerwohnung in der 1. Etage dieser Liegenschaft (vgl. act. 3/4) eingetreten.

2.1 Mit zwei Schreiben vom 1. August 2018 und 20. August 2018 wies der Berufungsbeklagte den Berufungskläger sowie dessen Ehefrau darauf hin, dass andere Mieter der Liegenschaft durch von ihnen verursachten Lärm gestört würden und mahnte, Nachtruhestörungen und Lärmbelastungen der anderen Mieter künftig zu unterlassen (act. 3/7-8).

2.2 Mit Einschreiben vom 5. November 2018 schickte der Berufungsbeklagte den Mietern je eine Kündigung auf dem amtlich genehmigten Formular. Dabei liess er das Feld, auf wann das Mietverhältnis gekündigt wurde, leer und hielt unter dem Feld "Begründung" Folgendes fest (vgl. act. 3/6 und 3/9):

"Sehr geehrter A._____, Sehr geehrte E._____"

Wie bereits mehrfach mündlich und schriftlich mitgeteilt, kündigte ich Euch die Wohnung wegen fortgesetzten Nachruhestörungen trotz mehrfacher mündlicher u. schriftlicher Abmahnung. Ich beziehe mich dabei auch auf das 4. und letzte Mahnungsschreiben (Chargé) vom 25.9.2018. Die Briefbeilage von heute, dem 25. Nov. 2018, zu dieser Kündigung gilt ebenfalls als integraler Bestandteil dieser Kündigung.

Beachte die Briefbeilage von heute 5. Nov. 2018"

In dieser Briefbeilage vom 5. November 2018, welche als "Fortsetzung der Begründung der Kündigung wegen fortgesetzten Nachruhestörungen trotz mündlicher und schriftlicher Abmahnung" betitelt war, fand sich sodann unter anderem folgender Passus (act. 3/6 und 3/9):

"[...] Ich sehe keine Möglichkeit, dass das Mietverhältnis fortgesetzt werden kann.

Da ihr sehr lange bei mir gewohnt habt, komme ich Euch entgegen. Ich biete Euch an, dass ihr, falls ihr eine andere Wohnung findet, mir von Monat zu Monat künden könnt, ausser per 31. Dezember 2018.

Dies meint falls ihr am 1. Dezember 2018, 1. Februar 2019 oder 1. März 2019 eine Wohnung findet, könnt ihr per diese Daten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen künden und ausziehen. (Also zum Beispiel, um per 1. Februar 2019 wegziehen zu können müsst Ihr mir bis spätestens 28. Dezember 2018 eingeschrieben schriftlich die Kündigung zugestellt haben (31.12 geht nicht, da Sonntag). Die Wohnungsübergabe müsste in diesem Fall am 31. Januar 2018 erfolgen.

Wird von dem vorzeitigen Wegzug kein Gebrauch gemacht, gilt als endgültiges Kündigungsdatum der 31. März 2019. [...]"

Die entsprechenden Einschreiben vom 5. November 2018 wurden durch die Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (Gesuchsgegnerin 2) bzw. "Briefkasten/Postfach wird nicht mehr geleert" (Berufungskläger) an den Berufungsbeklagten retourniert (act. 3/8 und 3/10).

3. Am 1. April 2019 liess der Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im summarischen Verfahren (nachfolgend Vorinstanz) im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen das vorgenannte Ausweisungsbegehren stellen (act. 1). In der Folge verlangte die Vorinstanz vom Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 3. April 2019 einen Kostenvorschuss (act. 4) und lud mit separater Vorladung auf den 29. Mai 2019, 10:15 Uhr, zur Verhandlung vor (act. 11). Zu dieser sind Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____ namens und in Begleitung des Berufungsbeklagten sowie der Berufungskläger erschienen. Die Gesuchsgegnerin 2 erschien nicht (Prot. VI. S. 2). Nach Durchführung der Verhandlung erliess die Vorinstanz am 29. Mai

2019 das vorgenannte Urteil, mit welchem sie das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten guthiess (act. 22 [= act. 18 = act. 24]).

4. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger am 8. Juli 2019 rechtzeitig (vgl. act. 19/2) ein Rechtsmittel, welches er der falschen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz entsprechend als Beschwerde bezeichnete und mit welchem er die vorgenannten Anträge stellte (act. 23). Mit Verfügung vom 16. Juli 2019 wurde die Eingabe des Berufungsklägers als Berufung entgegen genommen. Ausserdem wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 27), wobei ihm diese Frist mit Verfügung vom 17. Juli 2019 aufgrund eines von ihm gestellten Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wieder abgenommen und stattdessen dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt wurde (act. 29). Mit Eingabe vom 18. Juli 2019 reichte der Berufungskläger eine Beilage zu seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach (act. 31-32). Am 26. Juli 2019 erstattete der Berufungsbeklagte schliesslich fristgerecht die Berufungsantwort und stellte die vorgenannten Anträge (act. 33). Da die Berufung des Berufungsklägers – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – gutzuheissen ist, ist ihm mit dem Entscheid das Doppel der Berufungsantwort lediglich noch zur Kenntnisnahme zuzustellen. Die Akten der Vorinstanz (act. 1-20) wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1. Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Ausweisung eines Mieters im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen, auf welches die Bestimmungen des summarischen Verfahrens Anwendung finden (Art. 248 lit. b ZPO). Der Entscheid der Vorinstanz ist grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), soweit – da es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt – der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wie bereits mit Verfügung vom 16. Juli 2019 erläutert, richtet sich der Streitwert des Ausweisungsverfahrens

im Falle, wenn in Frage steht, ob die Kündigung zu Recht erfolgte oder nicht, nach der Dauer bis zu demjenigen Zeitpunkt, auf welchen der Vermieter im Falle des Obsiegens des Mieters frühestens kündigen könnte, wobei bei Wohn- oder Geschäftsräumen im Allgemeinen die dreijährigen Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zu berücksichtigen ist (vgl. act. 27 S. 2, E. 2a). Was der Berufungsbeklagte gegen die Berücksichtigung der Sperrfrist bei der Berechnung des Streitwertes vorbringt (vgl. act. 33 S. 3 f., Rz. 5) überzeugt nicht, übersieht er doch, dass die Sperrfrist nicht deshalb Berücksichtigung findet, weil das vorliegende Verfahren geeignet wäre, tatsächlich eine solche Sperrfrist auszulösen, sondern vielmehr beachtet wird, dass die Gültigkeit der Kündigung und damit die Ausweisung bei Nichteintreten auf das Gesuch im Summarverfahren allenfalls im ordentlichen (bzw. vereinfachten) Verfahren erstritten werden muss und dieser Entscheid dann die Sperrfrist auslösen kann (dazu BGE 133 III 346 E. 1.2.2.3). In Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich für das vorliegende Verfahren ein Streitwert von Fr. 58'400.– (vgl. dazu act. 27 S. 2 f., E. 2b), weshalb die Berufung zulässig ist.

2. Zur Beschwerdelegitimation des Berufungsklägers

2.1 Das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen der Berufungsklägerin richtete sich vorinstanzlich gegen den Berufungsbeklagten sowie dessen Ehefrau, die vorinstanzliche Gesuchsgegnerin 2, welche den Mietvertrag ebenfalls unterzeichnet hat (vgl. act. 3/4) und deshalb ebenfalls Mieterin ist. Vorinstanzlich wurden der Berufungskläger und seine Ehefrau gemeinsam verpflichtet, die streitgegenständliche Wohnung unverzüglich zu räumen und dem Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben (act. 22 Disp.-Ziff. 1). Da die Berufung nunmehr jedoch nur vom vorinstanzlichen Gesuchsgegner 1 als Berufungskläger erhoben wurde (vgl. act. 23), stellt sich die Frage, ob dieser alleine zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert ist.

2.2 Ein Rechtsmittel ist grundsätzlich dann von allen klagenden oder beklagten Parteien gemeinsam zu ergreifen, wenn sie untereinander eine notwendige Streitgenossenschaft bilden; formieren mehrere klagende Streitgenossen demgegenüber lediglich eine einfache Streitgenossenschaft, sind sie unabhängig vonei-

nander zur Erhebung eines Rechtsmittels legitimiert (Art. 70 Abs. 2 und Art. 71 Abs. 3 ZPO). Ob seitens der klägerischen oder beklagten Partei eine notwendige oder lediglich eine einfache Streitgenossenschaft vorliegt, beantwortet sich dabei alleine nach dem materiellen Recht (statt vieler vgl. BGE 137 III 455 E. 3.5; BGE 136 III 431 E. 3.3).

Der Berufungsbeklagte hat seinen Ausweisungsanspruch vor Vorinstanz einerseits mit dem ihm aus Mietrecht zustehenden Rückgabeanspruch gemäss Art. 267 OR und andererseits mit seinem Recht als Eigentümer gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB begründet (vgl. act. 1 S. 3, Rz 2). Die Klage nach Art. 641 ZGB ist grundsätzlich gegen den (unrechtmässigen) Besitzer zu richten (vgl. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, 6. Aufl. 2019, Art. 641 N 46 ff.), wobei dieser Anspruch dem Eigentümer gegen jeden unrechtmässigen Besitzer einzeln zusteht (vgl. OGer ZH, LF150054 vom 12. Oktober 2015, E. II.1). Der Rückgabeanspruch nach Art. 267 OR ist rein vertraglicher Natur (vgl. etwa ZK OR-HIGI, 4. Aufl. 1995, Art. 267 N 14), wobei es sich mieterseits um eine unteilbare Leistung handelt (vgl. ZK OR-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN, 5. Aufl. 2019, Vorbem. zu Art. 253-273c N 116). Da bei einer unteilbaren Leistung jeder Schuldner gemäss Art. 70 Abs. 1 OR zur ganzen Leistung verpflichtet ist und der Gläubiger dementsprechend von jedem Schuldner einzeln die ganze (unteilbare) Leistung fordern kann (Art. 544 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 143 Abs. 2 OR und Art. 144 Abs. 1 OR), bilden die beklagten Mieter nach ständiger Praxis der Kammer im Ausweisungsverfahren keine notwendige, sondern lediglich eine einfache Streitgenossenschaft (OGer ZH, LF110128 vom 1. März 2012 E. II.4.3 m.w.H.; OGer ZH, LF160018 vom 7. März 2016, E. 4.2; OGer ZH, LF160025 vom 14. April 2016, E. 2.1; OGer ZH, PF170030 vom 25. Juli 2017, E. 2.3; vgl. auch FELIX RAJOWER, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern, AJP 1998, S. 805; SVIT Kommentar Mietrecht-MÜLLER, 4. Aufl. 2018, Art. 267- 267a N 29). Entgegen dem Berufungsbeklagten (vgl. act. 33 S. 4 f., Rz. 6) kann deshalb jeder Streitgenosse den Prozess unabhängig vom anderen führen und für sich allein ein Rechtsmittel ergreifen. Der Berufungskläger ist daher legitimiert, den vorliegenden Prozess zu führen.

3.1 Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gerügt werden kann auch die (blosse) Unangemessenheit des Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zugelassen, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Ist dies nicht der Fall, ist auf die Berufung nicht einzutreten (ZR 110/2011 Nr. 80; OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013 E. II.2.1; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 34, 36).

3.2 Bei der Beurteilung der Berufung ist die Berufungsinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Dem ist im Folgenden nachzuleben.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwenden (Art. 641 ZGB). In diesem Sinne besteht ein dinglicher Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache, sofern der Besitzer

nicht zum Besitz der Sache berechtigt ist. Eine solche Berechtigung kann sich insbesondere aus schuldrechtlichen Verträgen ergeben (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, N 49 f. zu Art. 641), wobei ein derartiger Vertrag beispielsweise in einem über die Sache geschlossenen Mietvertrag bestehen kann. Ist der Eigentümer einer Sache gleichzeitig deren Vermieter, so kann er die Sache nach Auflösung des Mietvertrages einerseits gestützt auf den sich aus Art. 267 OR ergebenden vertraglichen Rückgabeanspruch zurückverlangen und diesen Anspruch mit einer Ausweisung zwangsweise durchsetzen (ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN Art. 267 N 10). Andererseits kann er die Sache gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB sowohl vom nach Auflösung des Mietvertrages nunmehr nicht mehr zum Besitz berechtigten ehemaligen Mieter, als auch von jedem anderen unberechtigten Besitzer herausverlangen und diesen Herausgabeanspruch mittels einer sogenannten Herausgabeklage (*rei vindicatio*) zwangsweise durchsetzen (vgl. etwa LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, Rz. 31.9.2). Voraussetzung für den Herausgabeanspruch des Vermieters bzw. Eigentümers ist dementsprechend, dass der Bewohner nicht (mehr) zum Besitz der Sache berechtigt ist, was im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 S. 166 ff., S. 168).

2. Den ihm zustehenden Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch kann der Vermieter bzw. Eigentümer dabei insbesondere auch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO geltend machen, wobei das Gericht den entsprechenden Rechtsschutz dann gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und tritt das Gericht darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der klagenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

2.1 Der Berufungskläger bestreitet in seiner Berufung zunächst das Bestehen einer klaren Rechtslage in Bezug auf die Gültigkeit der Kündigung (act. 23 S. 2 f., Rz. 2). Insbesondere beanstandet er die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Formvorschriften gemäss Art. 266l und Art. 266n OR durch die Berufungsbeklagte

eingehalten worden seien, obwohl der Kündigungstermin zwar nicht auf dem amtlich genehmigten Formular selbst genannt wurde, aber aus einer als integrierender Bestandteil der Kündigung erklärten Briefbeilage (Fortsetzung der Kündigung infolge Platzgründen) klar hervorgehe (vgl. act. 22 S. 5, E. 6.3). Der Berufungskläger hält dem entgegen, diese Rechtsfrage sei durch das Bundesgericht in einem Urteil vom 6. November 2012 (BGer 4A_374/2012) anders entschieden worden, sei doch damals festgehalten worden, dass die Kündigung nichtig sei, wenn das Kündigungsdatum in einem Begleitbrief erwähnt werde, aber auf dem amtlich genehmigten Formular fehle (act. 23 S. 2 f., Rz. 2).

2.2 Die Berufungsbeklagte bringt demgegenüber vor, es sei vor Vorinstanz unbestritten geblieben, dass auf dem jeweiligen amtlichen Formular die jeweilige Postbeilage als integrierender Bestandteil der jeweiligen Kündigung (genauer des Kündigungsformulars) erklärt worden sei. Der Kündigungstermin sei entsprechend bereits als auf dem Kündigungsformular vorhanden zu betrachten, da nicht bestritten worden sei, dass das Schreiben (bzw. die Postbeilage) einen integrierenden Bestandteil der Kündigung bilde. Mithin sei die vom Berufungskläger zitierte Rechtsprechung des Bundesgericht deshalb nicht anwendbar, weil der Kündigungstermin (im hier zu beurteilenden Fall) gerade auf dem Kündigungsformular vorhanden gewesen sei, da das vorhandene Schreiben vom 5. November 2018 ebenfalls jeweiliger integrierender Bestandteil des Kündigungsformulars gewesen sei und damit Inhalt des Kündigungsformulars selbst gebildet habe (act. 33 S. 6, Rz. 8).

2.3 Klares Recht im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO liegt dann vor, wenn sich die Anwendung der Norm auf den konkreten Fall aufgrund des Gesetzestextes oder der anerkannten Lehre und Rechtsprechung offensichtlich aufdrängt (BGE 144 III 462 [= Pra 108 (2019) Nr. 41] E. 3.1; BGE 138 III 123 E. 2.1.2; BGE 138 III 620 E. 5.1.1; BGE 138 III 728 [= Pra 102 (2013) Nr. 35] E. 3.3). Ist die Subsumtion dagegen nicht offenkundig, so liegt keine klare Rechtslage vor. Dies ist insbesondere auch der Fall, wenn keine einschlägige Gerichtspraxis besteht oder die Lehrmeinungen kontrovers sind (ZK ZPO-SUTTER SOMM/LÖTSCHER, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 9).

2.3.1 Gemäss Art. 266I Abs. 2 OR muss der Vermieter ein Mietverhältnis für Wohn- und Geschäftsräume mit einem Formular kündigen, das vom Kanton genehmigt ist und das angibt, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen will. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b VMWG muss dieses Formular insbesondere auch den Zeitpunkt, auf welchen die Kündigung wirksam wird, enthalten. Bei Nichteinhaltung der in Art. 266I genannten Formvorschriften ist die Kündigung nichtig (Art. 266o OR).

2.3.2 Der Berufungskläger stützt seine Meinung, es gebe keine klare Rechtslage in Bezug auf die Gültigkeit der Kündigung auf einen nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 6. November 2012. In dem diesem zugrunde liegenden Verfahren hatte das Bundesgericht die Kündigung eines Verpächters zu beurteilen, welcher zwar das gemäss Art. 298 Abs. 2 OR bei der Kündigung eines Pachtverhältnisses für einen Wohn- und Geschäftsraum vorgeschriebene amtlich genehmigte Formular verwendet hatte, das Kündigungsdatum jedoch nicht auf diesem, sondern lediglich auf einem dem amtlich genehmigten Formular beiliegenden Begleitschreiben genannt hatte (BGer 4A_374/2012 vom 6. November 2012, in: mp 2013 S. 39 ff.). Das Bundesgericht schützte den Entscheid der kantonalen Instanz, welche zum Schluss gekommen war, dass die Formvorschriften von Art. 266I Abs. 2 OR i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VMWG nicht eingehalten seien und die Kündigung nichtig sei, wenn das Kündigungsdatum zwar in einem Begleitbrief erwähnt werde, aber auf dem amtlich genehmigten Formular fehle. Zur Begründung hielt das Bundesgericht insbesondere fest, dass sich das Mietrecht, dessen Formvorschriften auch im Bereich der Pacht Anwendung fänden, durch strenge formelle Voraussetzungen auszeichne und grundsätzlich keine Abweichung von den zum Schutz des Mieters aufgestellten Formvorschriften zulasse (a.a.O., E. 4).

Zwar handelt es sich hierbei, worauf der Berufungsbeklagte zu Recht hinweist (act. 33 S. 6, Rz. 8), um einen nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts. Allerdings wurde ihm in der Lehre nicht widersprochen, sondern es wird vielmehr kritiklos auf dieses Präjudiz verwiesen (MÜL-

LER, a.a.O., Art. 266I-266o N 16; LACHAT ET AL., a.a.O., Rz. 25.11.1; BSK OR I-WEBER, 6. Aufl. 2015, Art. 266I N 2). Sollte sich das genannte Präjudiz entgegen der Meinung des Berufungsbeklagten im vorliegenden Fall als einschlägig erweisen, könnte deshalb entgegen der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden, dass die vom Berufungsbeklagten ausgesprochene Kündigung gemäss klarer Rechtslage formgültig sei.

2.3.3 Wie bereits ausgeführt, begründet der Berufungsbeklagte die Nichtanwendbarkeit der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung damit, dass er auf dem amtlich genehmigten Formular erklärt habe, die Briefbeilage vom gleichen Tag gelte als "integraler Bestandteil der Kündigung". Entgegen dem Berufungsbeklagten ergibt sich daraus jedoch keine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Sachverhalt. So hat der Berufungsbeklagte als Vermieter zwar das amtliche Formular verwendet, das Kündigungsdatum aber nicht auf diesem, sondern lediglich auf dem diesem beiliegenden Begleitschreiben genannt. Weder die Erklärung, dass das Begleitschreiben "integraler Bestandteil" bzw. – wie in der Berufungsantwort wiederholt ausgeführt (vgl. act. 33 S. 6, Rz. 8) – "integrierender Bestandteil" der Kündigung bilde, noch der auf dem amtlich genehmigten Formular erfolgte Verweis auf die Beilage führt sodann dazu, dass das Begleitschreiben formell als zusätzliche Seite des amtlich genehmigten Formulars und das Kündigungsdatum deshalb als auf dem Formular genannt zu betrachten wäre. Mithin kommt der Bezeichnung einer weiteren Seite als "integraler" oder "integrierender Bestandteil" keine formelle, sondern höchstens eine inhaltliche Bedeutung zu, wird damit doch erklärt, dass die sich auf dem Beiblatt befindliche Erklärung Teil der vom Vermieter gegenüber den Mietern abgegebenen Kündigungserklärung sei. Wo der relevante Teil der Erklärung, mithin die Nennung des Kündigungsdatums erfolgt ist, nämlich eben nicht *auf* dem amtlich genehmigten Formular, ändert sich dadurch jedoch nicht. Anzuführen ist, dass auch der auf dem amtlich genehmigten Formular befindliche Verweis auf die Briefbeilage nichts ändert. So besteht eine solche Ausnahmeregelung nämlich für die Begründung einer Mietzinserhöhung oder einer anderen einseitigen Vertragsabänderungen, für welche Art. 19 Abs. 1^{bis} VMWG statuiert, dass die entsprechende Begründung auch in einem Begleitschreiben er-

folgen könne, wenn der Vermieter im Formular ausdrücklich darauf hinweise. Allerdings hat das Bundesgericht in vorgenannter Entscheidung vom 6. November 2012 ausdrücklich festgehalten, dass diese Ausnahmeregelung nicht auf die weiteren Anforderungen nach Art. 9 und 19 VMWG anwendbar sei, weil der Bundesrat bei der Einführung dieser Bestimmung die Formvorschriften eben nur in einem Punkt habe mildern wollen, ohne dabei die übrigen Vorschriften zu lockern (BGer 4A_374/2012 vom 6. November 2012, in: mp 2013 S. 39 ff., E. 3). Entgegen dem Berufungsbeklagten und der Vorinstanz kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, den Formvorschriften von Art. 266I Abs. 2 OR i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. b VMWG sei klarerweise Genüge getan worden.

Anzufügen ist, dass es entgegen dem Berufungsbeklagten (act. 33 S. 6 ff., Rz. 9) keinen Rechtsmissbrauch darstellt, wenn sich der Berufungskläger auf die Nichtigkeit der Kündigung beruft. Ein solcher wird insbesondere nicht dadurch begründet, dass der Berufungskläger das Kündigungsdatum dem Begleitschreiben hätte entnehmen können und es erweist sich als irrelevant, ob jemals Unklarheit über das Kündigungsdatum geherrscht hat. Auch ist nicht von Bedeutung, ob der Berufungsbeklagte aufgrund seines beruflichen Hintergrundes des Schutzes, dessen Gewährung Grund für die Formvorschriften im Mietrecht bildet, auch tatsächlich bedurft hätte. Vielmehr ist es so, dass die Formvorschriften bei einer Kündigung zwingend einzuhalten sind, zeichnet sich doch das Mietrecht – wie das Bundesgericht in bereits genannter Entscheidung vom 6. November 2012 resümierend festgehalten hat – durch strenge formelle Voraussetzungen aus und lässt grundsätzlich keine Abweichungen von dem zum Schutz des Mieters aufgestellten Formvorschriften zu (BGer 4A_374/2012 vom 6. November 2012, in: mp 2013 S. 39 ff., E. 4).

Im Ergebnis ist die Berufung gutzuheissen, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und auf das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten nicht einzutreten. Weiterungen zu den übrigen Beanstandungen des Berufungsklägers am vorinstanzlichen Entscheid (vgl. act. 23 S. 4 ff.) erübrigen sich.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Berufungskläger hat die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragt (act. 23 S. 2). Dieses Gesuch wird infolge Obsiegens des Berufungsklägers gegenstandslos und ist deshalb abzuschreiben.
2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Berufungsbeklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).
 - 2.1 Die erstinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten in Disp.-Ziff. 3 des angefochtenen Urteils auf Fr. 1'200.– blieb im Berufungsverfahren unbeanstandet und ist daher der Höhe nach zu bestätigen, wobei die Kosten mit dem vom Berufungsbeklagten bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss zu verrechnen sind. Die Gerichtsgebühr des vorliegenden Verfahrens ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 58'400.– sowie gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1-3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.
 - 2.2 Der Berufungskläger war vorinstanzlich nicht vertreten. Zu entschädigende Umtriebe hat er nicht geltend gemacht (vgl. act. 16), weshalb für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind. Die zweitinstanzliche Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1, § 4 Abs. 1-3 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Auf diesem Betrag ist antragsgemäss die MwSt. zu ersetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 29. Mai 2019 (ER190027) aufgehoben, und auf das Ausweisungsbegehren des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten auferlegt. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– wird bestätigt, dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem von diesem bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Der Gesuchsteller und Berufungskläger wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner 1 und Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zzgl. 7.7 % MwSt. zu bezahlen. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Umtriebs- bzw. Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner 1 und Berufungskläger unter Beilage des Doppels von act. 33, sowie an die Vorinstanz, 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. 58'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
16. August 2019