

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss und Urteil vom 24. Januar 2018

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin, Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Fürsprecher X._____,

gegen

B.____ **AG,**

Gesuchstellerin, Beschwerdegegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung

Beschwerde und Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. November 2017 (ER170208)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, das Mietobjekt Restaurant-Bar, bestehend aus Restaurant, Küche, Vorraum und 2 Toiletten (Damen- u. Herren-), alles im Erdgeschoss sowie 2 Getränke Keller, 1 Kellerraum mit WC/Garderobe, jeweils im Untergeschoss an der C.____-Strasse ... in ... Zürich unverzüglich vollständig geräumt, gereinigt und in ordnungsgemäsem Zustand zu verlassen, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Weigerungsfall.
2. Das Stadttammannamt Zürich ... sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. November 2017:

Es wird verfügt:

1. Das Begehren der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Fürsprecher X.____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand wird abgewiesen.
- 2./3. [Rechtsmittel / Frist]

Es wird erkannt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, das Mietobjekt Restaurant-Bar, bestehend aus Restaurant, Küche, Vorraum und 2 Toiletten, alles im Erdgeschoss sowie 2 Getränke Keller, 1 Kellerraum mit WC/Garderobe, jeweils im Untergeschoss an der C.____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben.
2. Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, Dispositiv Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen

der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.

3.-6. [Kosten / Parteienschädigung / Mitteilung / Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 20 S. 2):

"Das erstinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und auf die Ausweisungsklage sei nicht einzutreten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Beschwerdeantrag:

der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (act. 20 S. 2):

Es sei das vor der Erstinstanz gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der Bestellung des Unterzeichneten als unentgeltlicher Rechtsbeistand gutzuheissen und die Verfügung entsprechend aufzuheben und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen bzw. an deren Stelle neu gutheissend zu verfügen.

Prozessuale Anträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 20 S. 2):

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin auch für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnete auch für dieses Verfahren zum unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei die Berufungsbeklagte zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Kosten des erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Verfahrens (Gerichtskosten) und zur Sicherstellung der Parteienschädigung für die Berufungsklägerin über beide Instanzen anzuhalten.
3. Sollte die Berufungsbeklagte neue Beweismittel beantragen, so sei diese zudem zu verpflichten auch für diese einen Vorschuss für die Kosten der beantragten Beweiserhebungen zu leisten."

Erwägungen:

1.

1.1. Die Gesuchsgegnerin, Beschwerdeführerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchsgegnerin) ist Untermieterin eines Restaurant- und Barlokals an der C.____-Strasse ... in Zürich. Die Gesuchstellerin, Beschwerdegegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist gemäss Untermietvertrag vom 12. September 2016 die Untervermieterin (act. 4/4).

Mit Einschreiben vom 6. April 2017 mahnte die Gesuchstellerin bei der Gesuchsgegnerin den ausstehenden Mietzins für April 2017 im Umfang von Fr. 9'300.– und setzte ihr gestützt auf Art. 257d OR eine Zahlungsfrist von 30 Tagen, unter Androhung der Kündigung im Falle der Nichtbezahlung (act. 4/5). Am 21. Mai 2017 kündigte die Gesuchstellerin das Untermietverhältnis mit amtlich genehmigten Formular per 30. Juni 2017, wobei sie als Begründung "Zahlungsrückstand gemäss Art. 257d OR" nannte (act. 4/9).

1.2. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 stellte die Gesuchstellerin beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) das vorgenannte Ausweisungsbegehren im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen (act. 1). In der Folge lud die Vorinstanz die Parteien auf den 23. November 2017 zur Verhandlung vor (act. 5). Das von der Gesuchsgegnerin gestellte Verschiebungsgesuch wurde abgewiesen (act. 9; act. 11) und die Verhandlung an diesem Termin durchgeführt (Prot. VI S. 3 ff.). Mit Urteil und Verfügung vom 23. November 2017 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin gut (act. 15 = act. 19 = act. 21, nachfolgend zitiert als act. 19). Dieser Entscheid wurde der Gesuchsgegnerin am 19. Dezember 2017 zugestellt (act. 16b).

1.3. Am 22. Dezember 2017 erhob die Gesuchsgegnerin gegen diesen Entscheid rechtzeitig Berufung und Beschwerde (act. 19). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-17). In Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO wurde davon abgesehen, der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung an-

zusetzen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Gesuchstellerin ein Doppel von act. 20 zuzustellen.

2. Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz (fristgemäss) schriftlich und begründet einzureichen. Gemäss Art. 310 ZPO kann (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die entsprechenden Beanstandungen sind von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Es ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast). Die Berufung erhebende Partei muss sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen; ein blosser Verweis auf die Vorakten genügt nicht (ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO).

3.

3.1. Die Gesuchsgegnerin vertritt den Standpunkt, das Handelsgericht und nicht die Vorinstanz sei zur Beurteilung des Ausweisungsbegehrens sachlich zuständig (act. 20 S. 2 f. RZ. 2).

Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bildet eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Ihr Vorliegen ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Ist sie nicht gegeben, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts in Art. 6 ZPO geregelt und knüpft an den Begriff der "handelsrechtlichen Streitigkeit" an, den das Gesetz näher definiert. Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung gilt eine Streitigkeit als handels-

rechtlich, wenn a) die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Person betroffen ist, b) gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und c) die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Ist nur die beklagte Partei im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen, sind aber die übrigen Voraussetzungen erfüllt, so hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 3 ZPO).

3.2. Die ersten beiden Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO sind unbestrittenmassen erfüllt. Näher zu prüfen war einzig die Frage, ob beide Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind. Die Vorinstanz verneinte dies und damit auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts. Sie erwog zusammengefasst Folgendes (act. 19 S. 3 E. 3): Die Gesuchsgegnerin behauptete in D._____ [Land in Zentralafrika] im Handelsregister eingetragen zu sein, lege aber nicht dar, dass D._____ über ein dem schweizerischen Handelsregister vergleichbares Register verfüge und substantiiere den angeblichen Registereintrag nicht. So sei weder etwas näheres zur Bezeichnung des Registers, zum Namen oder der Firma unter dem/der die Gesuchsgegnerin eingetragen sein soll, zum Datum des Eintrags oder einer allfälligen Registrierungsnummer bekannt. Wäre die Gesuchsgegnerin in einem Register eingetragen, hätte sie ohne Weiteres nähere Angaben machen und diese belegen können. Aufgrund der floskelartig und unsubstantiiert eingeworfenen Bemerkung des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin zum Registereintrag in D._____ beständen zu wenig Anhaltspunkte für nähere Abklärungen. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin in einem Handelsregister gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO eingetragen sei. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgericht sei daher zu verneinen.

3.3. Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen ein, ihr Vorbringen sei von der Gegenseite nicht substantiiert bestritten worden, sodass auf ihre Parteibehauptung abzustellen sei. Ihre Behauptung sei durch verschiedene Indizien in den Akten weiter erhärtet (HR Auszug der Gesuchstellerin, komplexer Koppelungsvertrag

Miete-Kauf mit Übertragung des Mietverhältnisses). Insbesondere sei die Zuständigkeit aber auch von Amtes wegen zu prüfen, wobei diesbezüglich bei Unklarheiten eine richterliche Frage- und Abklärungspflicht bestehe. Die vorliegenden Indizien (Gastrobetrieb, Eintrag im HR der Schweiz der Gesuchstellerin, Beilagen über vorbestehenden Mietvertrag bzw. Koppelungsvertrag Miete-Kauf mit Übertragung des Mietverhältnisses, Tätigkeit der Gesuchsgegnerin als freischaffende Sängerin mit D.____-ischen Wurzeln, Mietzins von monatlich Fr. 9'300.– bis 31. März 2017) liessen ihre nicht substantiiert bestrittenen Vorbringen als klar glaubhaft erscheinen, weshalb die Vorinstanz sachlich zum Entscheid nicht zuständig gewesen sei (act. 20 S. 2 f. RZ. 2).

3.4. Soweit die Gesuchsgegnerin geltend macht, ihre Ausführungen seien nicht substantiiert bestritten worden, übersieht sie, dass für ein substantiiertes Bestreiten substantiierte Vorbringen nötig sind. Die pauschale Behauptung, die Gesuchsgegnerin sei in D.____ im Handelsregister eingetragen (Prot. VI. S. 4), stellt indes kein substantiiertes Vorbringen dar, weshalb auch kein substantiiertes Bestreiten möglich bzw. nötig war. Zudem weist die Gesuchsgegnerin selbst darauf hin, dass das Gericht die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen – unabhängig allfälliger Bestreitungen – zu prüfen hat. Dabei muss das Gericht jedoch nur das ihm vorliegende Material darauf prüfen, ob dieses Anhaltspunkte auf eine fehlende Prozessvoraussetzung enthält (Müller, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 60 N 1). Die Parteien sind daher nicht davon entbunden, substantiierte Behauptungen aufzustellen. Abgesehen von der pauschalen Äusserung der Gesuchsgegnerin, es bestehe ein Registereintrag in D.____, fehlte jedoch jegliche Substantiierung. Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin lassen sich auch den Akten keine Anhaltspunkte für einen entsprechenden Eintrag entnehmen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern der Handelsregistereintrag der Gesuchstellerin, ein "komplexer Koppelungsvertrag Miete-Kauf", die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin eine freischaffende Sängerin mit D.____-ischen Wurzeln ist oder ein Mietzins von Fr. 9'300.– auf einen Registereintrag der Gesuchsgegnerin in D.____ schliessen liessen. Von der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin wäre zumindest zu erwarten gewesen, dass sie nähere Angaben zum angeblichen Registereintrag machte und wenigstens behauptete, es handle sich um ein

dem schweizerischen Handelsregister vergleichbaren ausländischen Registereintrag. Die Gesuchsgegnerin weist in ihrer Berufung darauf hin, dass bei Unklarheiten eine gerichtliche Fragepflicht bestehe, ohne aber eine Verletzung derselben explizit zu rügen (act. 20 S. 3 RZ. 2). Ob die Vorinstanz hier zum Nachfragen verpflichtet gewesen wäre, kann offen bleiben, zumal die Gesuchsgegnerin spätestens im Berufungsverfahren substantiiert darzulegen gehabt hätte, dass ein dem schweizerischen Handelsregister vergleichbarer Registereintrag in D. _____ besteht. Die Gesuchsgegnerin reichte jedoch weder einen entsprechenden Registerauszug ein noch machte sie nähere Angaben zur Bezeichnung des Registers, zum Namen, unter dem die Gesuchstellerin eingetragen sein soll, zum Datum des Eintrags oder zu einer allfälligen Registrierungsnummer. Somit liegen nach wie vor keine Anhaltspunkte dafür vor, dass ein Handelsregistereintrag im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO besteht. Die Vorinstanz war folglich für die Beurteilung des Ausweisungsbegehrens zuständig.

4.

4.1.1. Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen sowie die Art. 257d OR und Art. 267 Abs. 1 OR als rechtliche Grundlage für das vorliegende Ausweisungsverfahren zutreffend dar (vgl. act. 19 S. 4 E. 4.1.). Diese Erwägungen blieben zu Recht unangefochten, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann.

4.1.2. Die Vorinstanz erwog sodann, das Ausweisungsgesuch der Gesuchstellerin sei schlüssig. Die Gesuchstellerin habe mit der Gesuchsgegnerin als Untermieterin am 12. September 2016 einen Mietvertrag über ein Restaurant- und Barlokal an der C. _____-Strasse ... in Zürich geschlossen. Nachdem die Gesuchsgegnerin mit der Mietzinszahlung in Rückstand geraten sei, sei sie von der Gesuchstellerin am 6. April 2017 zur Zahlung des ausstehenden Mietzinses für April 2017 in der Höhe von Fr. 9'300.– aufgefordert worden. Für den Fall der Nichtzahlung innert 30 Tagen sei die ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257d Abs. 1 OR angedroht worden. Innert Frist habe die Gesuchsgegnerin vier Teilzahlungen im Umfang von Fr. 6'000.– geleistet, die im Umfang von

Fr. 5'600.– an den in diesem Betrag noch offenen März-Mietzins angerechnet worden seien. Am 21. Mai 2017 habe die Gesuchstellerin die Kündigung per 30. Juni 2017 mit der Begründung "Zahlungsrückstand" ausgesprochen (act. 19 S. 5 E. 4.2. mit Hinweis auf act. 4/4-6 und act. 4/9-10). Die von der Gesuchsgegnerin dagegen erhobenen Einwendungen seien nicht stichhaltig, weshalb das Ausweisungsbegehren gutzuheissen sei (act. 19 S. 8 E. 4.4.).

4.2.1. Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz habe die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin zu Unrecht bejaht (act. 20 S. 2 f. RZ. 2). Vorinstanzlich führte sie diesbezüglich aus, die Gesuchstellerin erscheine im Vertrag vom 12. September 2016 zwar auf den ersten Blick als Untervermieterin, dies sei jedoch zweifelhaft. Es sei fraglich, ob E._____ für die Gesuchstellerin zeichnungsberechtigt sei. E._____ sei ein Freund der Gesuchsgegnerin gewesen. Es sei alles mündlich vereinbart worden. Als Vertragspartner sei E._____ und nicht die Gesuchstellerin zu betrachten (act. 19 S. 6 E. 4.3.).

4.2.2. Die Vorinstanz erwog dazu zusammengefasst, gemäss Vertragsurkunde habe E._____ "mit Vollmacht" für die Gesuchstellerin, die im Vertrag als Vermieterin bezeichnet worden sei, unterzeichnet. Im Übrigen stelle die Gesuchsgegnerin die Vertretungsbefugnis von E._____ in Frage. Das blosses Infragestellen sei jedoch keine Bestreitung. Es sei deshalb von der Vertretungsbefugnis von E._____ für die Gesuchstellerin auszugehen, zumal sie sich gegebenenfalls eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht entgegenhalten lassen müsse (act. 19 S. 6 E. 4.3.).

4.2.3. Berufungsweise rügt die Gesuchsgegnerin erneut die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin, ohne jedoch auf die Erwägungen der Vorinstanz Bezug zu nehmen. Neu führt sie aus, mit Kaufvertrag vom 12. September 2016 habe sich die Gesuchstellerin ihr gegenüber verpflichtet, den Hauptmietvertrag (zwischen der Gesuchstellerin und dem Hauptvermieter F._____ ab 1. April 2017 der Gesuchsgegnerin abzutreten. Der Untermietvertrag sei daher mit einer Kündigungsmöglichkeit auf den 31. März 2017 versehen worden, auf welches Datum hin die Übertragung des Hauptmietverhältnisses erfolgt sei. Der Hauptvermieter F._____ habe der Gesuchsgegnerin bestätigt, dass monatliche und rechtzeitige vorschüs-

sige Zahlungen der Fr. 5'610.– bis Dezember 2017 erfolgt seien. Seit dem 1. April 2017 bestehe daher wie in act. 14/1 stipuliert nun auch formell kein Untermietverhältnis mit der Gesuchstellerin mehr, sondern nur noch ein direktes Mietverhältnis zwischen F._____ und der Gesuchsgegnerin. Der Gesuchstellerin fehle es somit an der Aktivlegitimation. Die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin sei auch deshalb zu verneinen, weil E._____ sowohl den Kaufvertrag als auch den Untermietvertrag in indirekter Stellvertretung für F._____ abgeschlossen habe. Die Gesuchstellerin sei nur für Steuerzwecke als treuhänderische Verwaltung noch weiterhin "Mieterin" bis 31. März 2017 gewesen, nicht aber gemäss den mündlichen Abmachungen in den Vertragsverhandlungen (act. 20 S. 3 f. RZ. 3).

4.2.4. Diese Ausführungen sind neu. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug eingereicht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Weshalb die Gesuchsgegnerin diese Behauptungen nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren einbringen konnte, legt sie nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Folglich müssen diese im Berufungsverfahren neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen unberücksichtigt bleiben.

Bei diesem Ergebnis ist es müssig darauf hinzuweisen, dass sich die Gesuchsgegnerin mit ihrer Behauptung, die Vertragsabtretung sei bereits per 31. März 2017 erfolgt und es bestehe daher seit dem 1. April 2017 kein Untermietverhältnis mehr, sondern nur noch ein direktes Mietverhältnis zwischen F._____ und der Gesuchsgegnerin, in offensichtlichen Widerspruch zu ihren Ausführungen vor Vorinstanz setzt. So gab sie anlässlich der Verhandlung vom 23. November 2017 noch an, sie wolle das Ausweisungsverfahren dazu nützen, die Vertragsgestaltung neu aufzubauen und wenn möglich direkt mit dem Eigentümer F._____ einen Mietvertrag abschliessen, welcher den effektiven Verhältnissen gerecht werde. Sie sei bereit, mit der Gesuchstellerin bzw. mit E._____ eine Vergleichslösung für diese Vertragsabtretung zu finden (Prot. VI. S. 8). Vorinstanzlich ging die Gesuchsgegnerin also weder davon aus, es bestehe ein direkter Mietvertrag mit F._____ noch sei eine Vertragsabtretung bereits erfolgt.

Angesichts dieser offensichtlichen Widersprüche lägen somit ohnehin keine schlüssigen Einwendungen vor, welche an der Aktivlegitimation der Gesuchstellerin zweifeln liessen.

4.3.1. Weiter wendet die Gesuchsgegnerin berufungsweise ein, der Mietzins sei bis Ende März 2017 vollständig bezahlt worden. Es sei unbestritten, dass sie bis zum 14. März 2017 mindestens Fr. 54'700.– bezahlt habe. Dabei sei von einem klar übersetzten Mietzins auszugehen. Die angemessene zu bezahlende Mietzinsschuld betrage Fr. 36'465.– (act. 20 S. 5 RZ. 4). Damit beschränkt sich die Gesuchsgegnerin auf die blosser Wiederholung ihres vorinstanzlichen Standpunkts (vgl. act. 19 S. 7 E. 4.4.), ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander zu setzen. Die Vorinstanz legte einlässlich dar, weshalb sie die Argumentation der Gesuchsgegnerin verwarf. So habe die Gesuchsgegnerin weder vorgebracht, sie habe den Mietzins im Sinne von Art. 270 ff. OR erfolgreich angefochten, noch behauptet, der Vertrag sei aus irgendeinem Grund unverbindlich. Der im Streit liegende Mietzins für den April 2017 im Betrag von Fr. 9'300.– sei somit geschuldet (act. 19 S. 7 E. 4.4.). Was an diesen Erwägungen falsch sein könnte, geht aus der Berufungsschrift nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich. Damit kommt die Gesuchsgegnerin ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

4.3.2. Die Gesuchsgegnerin wendet weiter ein, sie habe am 23. September 2016 unbestrittenermassen zusätzlich Fr. 50'000.– an die Gesuchstellerin überwiesen mit dem Vermerk "Kaufvertrag vom 12. September 2016. Anzahlung". Es werde bestritten, dass dieser Vermerk von ihr – der Gesuchsgegnerin – stamme. Sie habe zudem vor Vorinstanz substantiiert darauf hingewiesen, dass das Mobiliar und die Einrichtung verdeckte Mängel enthielten und sie dies gegenüber der Gesuchstellerin mündlich gerügt habe. Der Wert des Mobiliars betrage daher nicht wie im Kaufvertrag vermerkt Fr. 200'000.–, sondern höchstens geschätzte Fr. 25'000.–. Somit seien zu den Fr. 54'700.– noch Fr. 25'000.– hinzuzurechnen, mithin habe die Gesuchsgegnerin insgesamt Fr. 79'700.– bezahlt. Damit habe sie unter Abzug der geschuldeten Fr. 36'465.– für die Untermiete bis Ende März 2017 Fr. 43'235 zu viel bezahlt (act. 20 S. 5 RZ. 5).

Den Einwand, der Vermerk "Kaufvertrag vom 12. September 20161.Anzahlung" stamme nicht von ihr, brachte die Gesuchsgegnerin erst im Berufungsverfahren und damit zu spät vor, da weder ersichtlich ist noch vorgebracht wurde, weshalb diese Behauptung nicht bereits ins erstinstanzliche Verfahren eingebracht wurde.

Was die geltend gemachten Mängel betrifft, hat sich die Vorinstanz bereits mit diesen Vorbringen der Gesuchsgegnerin auseinandergesetzt. Sie erachtete die Einwendung, die Mietsache habe zahlreiche Mängel aufgewiesen, als unsubstantiiert. Zudem erwog die Vorinstanz, die Gesuchsgegnerin habe die Mietsache trotz behaupteter schwerer Mängel übernommen. Ihr stünden die Ansprüche gemäss Art. 259a-259i OR zu. Wolle sie die Herabsetzung des Mietzinses, so habe sie dies der Gesuchstellerin gegenüber zu erklären. Die Erklärung müsse das Mass der Herabsetzung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nennen und einen konkreten Bezug zu den beanstandeten Mängeln angeben, ansonsten sei sie unwirksam. Die Gesuchsgegnerin behaupte nicht, eine Herabsetzungserklärung abgegeben zu haben. Wolle die Gesuchsgegnerin Schadenersatz geltend machen, so habe eine behauptete Schadenersatzforderung der Mieterin nicht ohne weiteres Einfluss auf die Forderung der Vermieterin auf Zahlung des Mietzinses. Die Gesuchstellerin behaupte sodann nicht, vor Ablauf der Zahlungsfrist eine Verrechnungserklärung abgegeben zu haben (act. 19 S. 8 E. 4.4.). Dem hält die Gesuchsgegnerin nichts von Belang entgegen. Insbesondere unterlässt sie es erneut, aufzuzeigen, was an den vorinstanzlichen Erwägungen falsch sei. Damit kommt sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach, weshalb die Berufung auch in diesem Punkt unbegründet ist.

4.4. Schliesslich wendet die Gesuchsgegnerin unter dem Titel "Rechtliches" ein, die Gesuchstellerin hätte die Urkunden im Original einzureichen gehabt. Diese habe indessen nur Kopien eingereicht. Sie bestreite mit Nichtwissen, ob die Kopien dem Original entsprächen (act. 20 S. 6 f. RZ. 6 und 7). Die Gesuchsgegnerin bringt auch diesen Einwand erst im Berufungsverfahren und somit verspätet vor. Zudem verkennt sie, dass keine Pflicht zur Einreichung von Urkunden im Original

besteht (Art. 180 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist auch in diesem Punkt unbegründet.

4.5. Im Ergebnis erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5.1. Die Gesuchsgegnerin verlangt sodann die Sicherstellung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung (act. 20 S. 2). Sie verkennt dabei, dass sowohl Kostenvorschuss als auch Sicherheitsleistung vom Rechtsmittelkläger, hier also der Gesuchsgegnerin, zu erheben wären (Art. 98 ZPO; Art. 99 ZPO). Eine Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren wäre zudem vor Vorinstanz zu beantragen und die Voraussetzungen von Art. 99 ZPO darzulegen gewesen. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich somit.

5.2. Im Sinne eines Eventualantrags beantragt die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin sei für den Fall, dass sie neue Beweismittel beantrage, zu verpflichten, auch einen Vorschuss für die Kosten der beantragten Beweiserhebung zu leisten (act. 20 S. 2). Da keine Beweiserhebung beantragt wurde, ist auf den Eventualantrag nicht weiter einzugehen. Die Gesuchsgegnerin sei jedoch darauf hingewiesen, dass sich die Pflicht zur Vorschussleistung für Beweiserhebungen aus dem Gesetz ergibt (Art. 101 ZPO).

6.1. Die Gesuchsgegnerin erhob sodann Beschwerde gegen die Abweisung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (act. 20 S. 2). Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Die Beschwerde führende Partei hat sich in der Begründung ihrer Rechtsmittelanträge mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und hat anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (vgl. im Einzelnen ZK ZPO-FREIBURGHAUS/AFHELDT, 3. Auflage 2016, Art. 321 ZPO N 15).

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsgegnerin habe dem schlüssigen Ausweisungsbegehren Einwendungen entgegen gehalten, die sich als klar nicht stichhal-

tig erwiesen hätten. Das Risiko des Unterliegens überwiege die Gewinnchancen deutlich, weshalb das Gesuch zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen sei (act. 19 S. 9 E. 6). Dem hält die Gesuchsgegnerin – im Zusammenhang mit ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren – einzig entgegen, der Prozess sei entgegen der Vorinstanz nicht aussichtslos. Damit kommt sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach. Wie die vorstehenden Ausführungen (E. 3.-4.) zeigen, hat die Vorinstanz die Einwendungen der Gesuchsgegnerin aber ohnehin zu Recht als nicht stichhaltig erachtet. Folglich hat die Vorinstanz bei der anschliessenden Prüfung der Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO auch die Gewinnaussichten des Antrags der Gesuchsgegnerin, es sei auf das Ausweisungsbegehren nicht einzutreten, als beträchtlich geringer beurteilt als die Verlustgefahren, was nicht zu beanstanden ist.

6.2. Die Gesuchsgegnerin stellt auch für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen (E. 3.-4.) zeigen, erweist sich die Berufung (und Beschwerde) von vornherein als aussichtslos. Das Gesuch der Berufungsklägerin ist bereits deshalb abzuweisen. Damit erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO.

7.1. Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 23. Oktober 2017 ist mit nicht mehr als sechs Monaten effektiver Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 9'300.– ergibt sich ein Streitwert von Fr. 55'800.–.

7.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich gestützt auf den Streitwert sowie unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG) im summarischen Verfahren auf die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 GebV OG). Vorliegend rechtfertigt es sich, die reduzierte Gebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Ausgangsgemäss wird die Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ihr sind die Kosten aufzuerlegen. Der Gesuchstellerin ist mangels Umtriebe im zweitinstanzlichen Verfahren keine Parteienschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
3. Auf den Antrag der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin auf Sicherstellung ihrer Parteienschädigung und Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird nicht eingetreten.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Die Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 23. November 2017 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und der Gesuchsgegnerin und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 20, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, 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 Fr. 55'800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am:
25. Januar 2018