

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 27. August 2018

in Sachen

A._____,
Beklagte und Berufungsklägerin,

gegen

B._____ AG,
Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Juni 2018 (ER180009)

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

Es sei der Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die 4-Zimmerwohnung im 2. Stock an der C.____-Strasse ... in D.____ samt zugehörigem Kellerabteil unverzüglich zu räumen und zu verlassen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur
im summarischen Verfahren:

(act. 6 = act. 9 [Aktenexemplar] = act. 11)

1. Der Beklagte wird verpflichtet, die 4-Zimmerwohnung im 2. Stock an der C.____-Strasse ... in D.____ samt zugehörigem Kellerabteil unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadttammannamt E.____ wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Klägerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Klägerin hat die Vollzugskosten vorzuschliessen, doch sind sie ihr vom Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr von Fr. 750.– wird von der Klägerin bezogen, ist ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.
- 5./6. (Mitteilung / Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 10):

1. Es sei auf die Berufung einzutreten.
2. Es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Kündigung vom 10. November 2017 zu annullieren.
4. Subsidiär: es sei die Sache der Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzusenden.
5. Es sei die unentgeltliche Rechtspflege und die Parteientschädigung den Beschwerdeführern zu gewähren.
6. Alles unter Kosten zu Lasten des Staates.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Mieterin) mietete von der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Vermieterin) bzw. deren Rechtsvorgänger (vgl. act. 2/2) mit Mietvertrag vom 6. April 2013 (vgl. act. 2/1) eine 4-Zimmerwohnung im 2. Stock an der C.____-Strasse ... in D.____ samt zugehörigem Kellerabteil zu einem monatlichen Mietpreis von brutto Fr. 1'690.–(vgl. act. 2/1).

2.1 Mit Einschreiben vom 9. Oktober 2017 liess die Vermieterin der Mieterin eine Frist von dreissig Tagen zur Begleichung der ausstehenden Mietschulden von total Fr. 7'323.40 ansetzen und ihr gleichzeitig die Kündigung bei Nichtbezahlung innert dreissig Tagen androhen (act. 2/4). Mit Datum vom 10. November 2017 liess die Vermieterin der Mieterin schliesslich den Mietvertrag mittels offiziellen Formulars per 31. Januar 2018 kündigen. Als Begründung liess sie nennen:

"Kündigung des Mietvertrags wegen Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR"
(act. 2/5).

2.2 Mit Eingabe vom 16. Februar 2018 liess die Vermieterin ein Ausweisungsgesuch stellen (act. 1 und 1a). In der Folge setzte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur im summarischen Verfahren (nachfolgend: Vorinstanz) der Mieterin mit Verfügung vom 23. Februar 2018 Frist zur Stellungnahme an (act. 4). Die Mieterin holte die Verfügung nicht ab. In der Folge wurde der Mieterin die Verfügung am 24. Mai 2018 rechtshilfeweise durch die Polizei zugestellt (act. 5). In- nert Frist ging keine Stellungnahme ein, weshalb die Vorinstanz androhungsgemäss (vgl. act. 5) aufgrund der Akten entschied.

2.3 Mit Urteil vom 12. Juni 2018 (act. 6 = act. 9 [Aktenexemplar] = act. 11) hiess die Vorinstanz das Ausweisungsgesuch der Vermieterin gut und entschied im eingangs wiedergegebenen Sinne.

2.4 Mit Eingabe vom 25. Juni 2018 (Datum Poststempel) erhob F._____, Mitarbeiter von G._____, für die Mieterin dagegen rechtzeitig (vgl. act. 6 i.V.m. act. 7 i.V.m. act. 10) Berufung und reichte insbesondere eine entsprechende Vollmacht der Mieterin ein (act. 12). Mit Verfügung vom 11. Juli 2018 (act. 15) wurde der Mieterin mangels Zulässigkeit der Vertretung durch F._____ im Berufungsverfahren eine 5-tägige Nachfrist angesetzt, um zu erklären, ob sie das Berufungsverfahren selber führen oder welchen neuen Vertreter sie bestimmen wolle, ansonsten das Verfahren mit ihr (bis auf weiteres) als unvertretener Partei weitergeführt werde. Gleichzeitig wurde der Mieterin eine 10-tägige Frist angesetzt, um Unterlagen zur Prüfung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege einzureichen. Mit Eingabe vom 17. Juli 2018 (act. 17) erklärte die Mieterin fristgerecht, das Verfahren selber zu führen und reichte mit Eingabe vom 23. Juli 2018 (act. 18/1-12) Unterlagen ein.

2.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-7). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren bzw. eine Berufungsantwort einzuholen (vgl. Art. 98 und Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

Prozessuales

1. Das angefochtene Urteil vom 12. Juni 2018 stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz hat den Streitwert ihres Verfahrens nach Massgabe der Bruttomietzinsen für eine Verfahrensdauer von sechs Monaten bis zur effektiven Ausweisung berechnet. Das ergab auf Basis der im Mietvertrag der Parteien vereinbarten monatlichen Bruttomietzinse von Fr. 1'690.– ein Total von Fr. 10'140.– (act. 9 E. IV./2 S. 5). Dem ist zu folgen, da vor Vorinstanz die Gültigkeit der Kündigung nicht streitig war. Die Berufung ist somit zulässig und wurde ausserdem frist- und formgerecht eingereicht, weshalb darauf einzutreten ist.

2. Sind beide Ehegatten Mieter einer Wohnung, bilden sie im Ausweisungsverfahren und im Verfahren über eine Anfechtungsklage der Mieterschaft sowie im Erstreckungsprozess eine notwendige Streitgenossenschaft (vgl. ZK OR-H1G1, Zürich 1996, Art. 273a N 17). Davon ist im vorliegenden Verfahren nicht auszugehen. Denn gemäss schriftlichem Mietvertrag ist nur eine erwachsene Person, mit-hin die Beklagte, die im Unterschriftenblock figuriert, Mieterin dieses Mietobjektes, welches von dieser und drei Kinder benützt werden soll. Abgesehen davon, dass eine entsprechende Tatsachenbehauptung im Berufungsverfahren ohnehin verspätet wäre, behauptet die Mieterin in ihrer Berufung nicht, dass ihr Ehemann auch Mieter des Mietobjektes sei. Von einer notwendigen Streitgenossenschaft seitens der Mieterin und ihrem Ehemann ist somit nicht auszugehen.

III.

Materielles

1. Die Mieterin begründet ihre Berufung damit, dem Dossier sei zu entnehmen, dass die Mahnungen und die Kündigung nur an sie, nicht aber an ihren Ehemann

geschickt worden seien. Er sei der Verwaltung bekannt gewesen, sei immer im Kontakt mit ihnen gewesen und er habe mit der Verwaltung über die Sachen der Wohnung gesprochen (vgl. act. 10 S. 3).

2.1 Grundsätzlich ist die Nichtigkeit und/oder die Unwirksamkeit einer Kündigung von Amtes wegen zu berücksichtigen und kann grundsätzlich jederzeit, namentlich auch erst im Ausweisungsverfahren, geltend gemacht werden (vgl. dazu SVIT-Kommentar, 3. Aufl. 2008, Art. 257 N 53 sowie 266I-266o N 29 m.H.).

In einem Gerichtsverfahren, so auch im Ausweisungsverfahren, gelten jedoch prozessuale Regeln. Im Berufungsverfahren ist das Recht, neue Tatsachen und neue Beweismittel vorzubringen, eingeschränkt. Diese dürfen im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt für neue Tatsachenbehauptungen, neue Einwendungen, neue Bestreitungen, neue Einreden und neue Beweismittel (vgl. ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 31). Diese Bestimmung regelt die Voraussetzungen, unter denen diese ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend (vgl. BGE 138 III 625 ff., E. 2.2).

2.2 Die Vorinstanz setzte der Mieterin mit Verfügung vom 23. Februar 2018 Frist zur Stellungnahme an (act. 4). Diese Verfügung wurde der Mieterin rechtshilfweise durch die Polizei zugestellt (act. 5), nachdem sie diese nicht abgeholt hatte. Selbst wenn die Mieterin kaum Deutsch versteht und ihr Ehemann aufgrund seiner Arbeitstätigkeit oft auf Reisen war (vgl. act. 10 S. 2), wäre es ihr zuzumuten gewesen, jemanden beizuziehen, der ihr den Inhalt der (polizeilich zugestellten) Sendung übersetzt, oder z.B. den Verein G._____ anzufragen, bei welchem sie gemäss eigenen Ausführungen Vereinsmitglied ist. Soweit sie geltend machen will, es handle sich um eine Familienwohnung und die Kündigung sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung seien ihrem Ehemann nicht (separat) zugestellt worden, hätte sie entsprechende Tatsachenbehauptungen somit mit zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorbringen können. Entsprechende Vorbringen der Mieterin im Berufungsverfahren sind da-

her unzulässig und können nicht berücksichtigt werden. Weitere Beanstandungen bringt die Mieterin nicht vor.

Im Übrigen konnte die Vorinstanz dem Dossier bzw. den vorinstanzlichen Akten namentlich nicht entnehmen, dass die Mieterin verheiratet und gemeinsam mit ihrem Ehemann in der Wohnung leben soll, bzw. es sich bei der vermieteten Wohnung um eine Familienwohnung im Sinne von Art. 266m OR handeln könnte. Eine Wohnung ist nur dann eine Familienwohnung im Sinne von Art. 266m OR, solange die Ehegatten gemeinsam darin leben und der gemeinsame Haushalt nicht definitiv aufgehoben ist. Da der eingereichte schriftliche Mietvertrag zwar von der Benützung des Mietobjektes als "Familienwohnung" spricht, aber gleichzeitig vorsieht, dass die Wohnung von lediglich *einer* erwachsenen Person und drei Kindern bewohnt wird, wäre alleine aufgrund dessen noch nicht von einer Familienwohnung auszugehen gewesen. Darüber hinaus musste die Vorinstanz den Sachverhalt nicht von sich aus bzw. von Amtes wegen feststellen oder gar erforschen (vgl. Art. 248 lit. b i.V.m. Art. 257 ZPO i.V.m. Art. 255 ZPO). Der Vollständigkeitshalber kann zudem angemerkt werden, dass die Berufungsklägerin nicht behauptet, die Mietzinsausstände seien bezahlt worden, weshalb es rechtsmissbräuchlich erschiene, sich im Berufungsverfahren erst auf Nichtigkeit zu berufen.

2.3 Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur im summarischen Verfahren vom 12. Juni 2018 zu bestätigen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss wird die Mieterin kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Mieterin nicht, weil sie unterliegt, und der Vermieterin nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

2. Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (vgl. § 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Zum Streitwert ist auf das bereits Gesagte zu verweisen (vgl. E. II./1). Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie in Anbetracht des geringen Zeitaufwandes und der geringen Komplexität des Falls auf Fr. 200.– festzusetzen.

3.1 Die Mieterin ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (vgl. act. 10 S. 1).

3.2 Die Gutheissung eines solchen Gesuches setzt voraus, dass die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt *und* ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliesse; eine Partei soll einen Partei, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen könne, weil er sie nichts kostet (vgl. statt vieler BGE 142 III 138 ff., E. 5.1 m.w.H.).

Die Mieterin bringt zur Begründung ihrer Berufung ausschliesslich neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel vor, mit welchen sie im Berufungsverfahren ausgeschlossen ist. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erscheint demnach als aussichtslos und ist bereits aus diesem Grund abzuweisen. Es erübrigt sich daher, die Mittellosigkeit der Mieterin zu prüfen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten und Berufungsklägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittel gegen diesen Beschluss gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur im summarischen Verfahren vom 12. Juni 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 10, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'140.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: