

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210090-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 4. Februar 2022

in Sachen

Stadt Winterthur,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Wohnhilfe Winterthur,

gegen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. November 2021 (ER210069)

Rechtsbegehren:
(act. 1 sinngemäss)

Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss an der B._____-strasse ... in ... Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Kostenfolge zulasten des Gesuchsgegners.

Das Stadtammannamt Winterthur C._____- sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen zu vollstrecken.

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. Auf das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgelegt auf Fr. 2'350.–.
3. Die Kosten des Verfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung
6. Rechtsmittel

Berufungsanträge:
(act. 15 sinngemäss)

Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. November 2021 sei aufzuheben und es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss an der B.____-strasse ... in ...Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Kostenfolge zulasten des Gesuchsgegners.

Das Stadtammannamt Winterthur C.____ sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen zu vollstrecken.

Erwägungen:

1.

1.1. A.____ ist Mieter und die Stadt Winterthur ist Vermieterin der 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss an der B.____-strasse ... in ...Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil (vgl. act. 2/1). Mit Einschreiben vom 27. August 2021 kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d OR per 30. September 2021 (vgl. act. 2/4). Der Mieter verblieb in der Wohnung. Am 6. Oktober 2021 stellte die Vermieterin beim Einzelgericht des Bezirksgericht Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen und verlangte die unverzügliche Ausweisung des Mieters (vgl. act. 1). Nach Durchführung des Verfahrens trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 12. November 2021 auf das Gesuch nicht ein (vgl. act. 14).

1.2. Dagegen erhob die Vermieterin am 19. November 2021 rechtzeitig Berufung beim Obergericht (vgl. act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-12). Den verlangten Kostenvorschuss zahlte die Vermieterin zwar erst nach Ablauf der Frist (vgl. act. 19 f.). Da ihr aber ohnehin eine Nachfrist im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO anzusetzen gewesen wäre, schadet ihr das nicht. Mit Verfügung vom 11. Januar 2022 wurde dem Mieter Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (vgl. act. 21). Am 24. Januar 2022 und damit innert Frist

reichte der Mieter ein Schreiben ein (vgl. act. 22 und 23). Die Sache erweist sich als spruchreif.

1.3. Da sich der vorliegende Prozess im Wesentlichen um die Frage dreht, ob das Mietverhältnis als beendet zu gelten hat, ist für die Berechnung des Streitwerts vom Mietwert für drei Jahre auszugehen (vgl. BGE 144 III 346). Der monatliche Mietzins beläuft sich auf Fr. 1'305.– (vgl. act. 2/1). Der Streitwert liegt damit über Fr. 10'000.–, weshalb gegen den vorinstanzlichen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz erwog insbesondere das Folgende: Der Mieter habe in seiner Stellungnahme eingewendet, er sei jetzt wieder erwerbstätig und habe bereits wieder eine Miete bezahlt. Anhaltspunkte, dass die Vermieterin diese neue, vom Mieter behauptete Zahlung nicht vorbehaltlos entgegengenommen habe, seien den Akten nicht zu entnehmen. Diese Behauptung sei zwar vom Mieter nicht belegt worden, erscheine aber per se schlüssig und hätte von der Vermieterin mittels Urkunde sofort widerlegt werden können, sollte die Behauptung nicht der Wahrheit entsprechen. Der Umstand, dass die Vermieterin nicht bestreite, eine Mietzinszahlung auch noch nach der von ihr ins Feld geführten Kündigung per Ende September 2021 erhalten bzw. kommentarlos entgegengenommen zu haben, werfe die Frage auf, ob dadurch zwischen den Parteien ein neuer Mietvertrag entstanden bzw. das bestehende Mietverhältnis weitergeführt worden sei. Die Beurteilung dieser Frage setze indes eine umfassende Würdigung des Sachverhalts voraus, was den Anwendungsbereich des Rechtsschutzes in klaren Fällen jedoch deutlich übersteige (act. 14 E. III.4.3.-4.4.).

2.2. Die Vermieterin erklärte in der Berufung neu, sie bestreite nicht, dass sie am 7. Oktober 2021 und am 10. November 2021 Mietzinszahlungen erhalten habe. Sie habe dem Mieter jeweils per Einschreiben die Zahlungseingänge bestätigt und darauf hingewiesen, dass sie die Zahlung nicht als Mietzins, sondern als

Schadenersatz entgegengenommen habe (act. 15). Zusammen mit der Berufung reichte sie die beiden Einschreiben mit entsprechendem Inhalt ins Recht (act. 17/1-2). Zu diesen Noven schrieb sie, es sei ihr nicht bewusst gewesen, dass sie diese Schreiben dem Bezirksgericht zustellen müsse (act. 15). Dies hätte sie auch nicht tun müssen: Die Kündigung wurde hier nicht innert Frist angefochten, weshalb im vorinstanzlichen Verfahren der Verhandlungsgrundsatz galt (vgl. BGer 4A_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.2.2. und OGer ZH PF190021 vom 8. August 2019 E. IV.9). Der Mieter hat in seiner vorinstanzlichen Stellungnahme vom 27. Oktober 2021 mit keinem Wort behauptet, es sei zwischen den Parteien ein neuer Mietvertrag entstanden bzw. das Mietverhältnis sei weitergeführt worden. Er erklärte lediglich, er sei wieder erwerbstätig und habe auch schon eine Miete bezahlt (act. 6). Damit musste die Vermieterin das Entstehen eines neuen bzw. die Weiterführung des bisherigen Mietvertrags auch nicht sofort widerlegen. Entsprechend kann der Vermieterin auch nicht zum Nachteil gereichen, dass sie sich in ihrer vorinstanzlichen Stellungnahme vom 4. November 2021 (act. 8) nicht zur Behauptung des Mieters äusserte, er sei wieder erwerbstätig und habe auch schon eine Miete bezahlt. Die Vermieterin musste nicht damit rechnen, dass aus dieser Behauptung auf die Möglichkeit eines neuen Mietvertrags geschlossen wird.

2.3. In seinem Schreiben vom 24. Januar 2022 erklärte der Mieter, er sei seit September 2018 regelmässig bei der Firma D._____ AG als Saison-Mitarbeiter (September bis Februar) tätig. Ausserdem bestätigte er seine Aktivität in seiner Einzelfirma A._____ Pneu Entsorgung (act. 23). Diese Ausführungen können jedoch nichts an der Einschätzung ändern, dass die Vermieterin im vorinstanzlichen Verfahren das Entstehen eines neuen bzw. die Weiterführung des bisherigen Mietvertrags nicht sofort widerlegen musste.

2.4. Die Voraussetzungen einer Kündigung nach 257d OR sind gegeben und wurden auch nicht bestritten. Der Abschluss eines neuen stillschweigenden Mietvertrags wurde vom Mieter wie dargelegt im vorinstanzlichen Verfahren nicht behauptet. Damit ist der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar. Dem Ausweisungsbegehren der Vermieterin hätte damit stattgegeben wer-

den müssen. Die Sache ist sodann spruchreif. Entsprechend kann die Berufung und damit auch das Ausweisungsbegehren gutgeheissen werden. Der Mieter ist folglich zu verpflichten, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss an der B._____ -strasse ... in ...Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil zu räumen und der Vermieterin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

2.5. Unter Umständen kann das Gericht im Sinne einer Vollstreckungsmodalität eine kurze Frist vorsehen, und so der verurteilten Partei einen freiwilligen Auszug ermöglichen; es kann aber auch davon absehen (BGer 4A_391/2013 vom 17. Dezember 2013, E. 7 [übersetzt in mp 2014 S. 167]). Vorliegend wäre der Mieter seit dem 30. September 2021 verpflichtet, das Mietobjekt zu räumen. Eine längere Auszugsfrist als bis Ende Februar 2022 würde daher einer unzulässigen Er-streckung des Mietverhältnisses gleichkommen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass der Vollstreckungsbeamte den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat und es ihm unter diesem Titel unbenommen ist, dem Mieter im Rahmen der Vollstreckung aus praktischen bzw. humanitären Überlegungen einen kurzen Aufschub zu gewähren. Für eine Notwohnung kann sich der Mieter so-dann an die zuständige Sozialbehörde seiner Wohngemeinde wenden (OGer ZH LF160041 vom 5. Juli 2016 E. 5c); häufig ziehen die Vollstreckungsorgane auch von sich aus diese Behörde bei.

3.

3.1. Da der Mieter in beiden Verfahren vollumfänglich unterliegt, wird er sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr wurde von den Parteien nicht beanstandet und die Vorinstanz hat ihr Ermessen bei der Festsetzung nicht verletzt. Es bleibt damit bei einer Gebühr für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 2'350.-. Die Gebühr von Fr. 2'350.- ist mit dem von der Vermieterin geleisteten Kostenvor-schuss zu verrechnen. Der Mieter ist zu verpflichten, der Vermieterin den Betrag von Fr. 2'350.- zu ersetzen. Eine Parteienschädigung für das erstinstanzliche Verfahren ist mangels Antrags nicht zuzusprechen.

3.2. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 46'980.– (vgl. oben E. 1.3.) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'300.– festzusetzen. Die Gebühr ist mit dem von der Vermieterin für das Berufungsverfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'300.– zu verrechnen. Der Mieter ist zu verpflichten, der Vermieterin die Fr. 1'300.– zu ersetzen. Auch für das Berufungsverfahren ist mangels Antrags keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. November 2021 aufgehoben.
2. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, die 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss an der B.____-strasse ... in ...Winterthur samt zugehörigem Kellerabteil bis spätestens **28. Februar 2022, 12.00 Uhr**, zu räumen und der Berufungsklägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der **Zwangsvollstreckung** im Unterlassungsfall.
3. Das Stadtammannamt Winterthur C.____ wird angewiesen, nach dem **28. Februar 2022** auf Verlangen der Berufungsklägerin die Verpflichtung des Berufungsbeklagten gemäss Ziff. 2 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Berufungsklägerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber vom Berufungsbeklagten zu ersetzen.
4. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 2'350.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren geleisteten Vorschuss von Fr. 2'350.– bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 2'350.– zu ersetzen.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'300.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Vorschuss

von Fr. 1'300.– bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin Fr. 1'300.– zu ersetzen.

6. Für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage einer Kopie von act. 23, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 46'980.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
4. Februar 2022