

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. E. Pahud und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## **Beschluss und Urteil vom 21. September 2022**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des  
Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Juli 2022 (ER220079)

### Erwägungen:

1. Der Berufungskläger bewohnt eine 4.5-Zimmer Wohnung an der C.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, die er von der Berufungsbeklagten mietete. Mit Eingabe vom 22. April 2022 (Datum Poststempel) gelangte die Berufungsbeklagte an die Vorinstanz und stellte gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (act. 1b). Daraufhin wurde dem Berufungskläger mit Verfügung vom 25. April 2022 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 3). Mit Eingabe vom 15. Mai 2022 nahm der Berufungskläger zum Ausweisungsbegehren Stellung und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9). Die – inzwischen vertretene – Berufungsbeklagte nahm mit Eingabe vom 16. Juni 2022 zur Eingabe des Berufungsklägers Stellung (act. 18). Der Berufungskläger seinerseits reichte mit Eingabe vom 14. Juli 2022 eine weitere Stellungnahme ein (act. 23). Mit Urteil vom 27. Juli 2022 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren gut. Zugleich wurde das Stadtammannamt Zürich 11 angewiesen, den Ausweisungsbefehl auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken; das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde mit gleichdatierter Verfügung abgewiesen (act. 25 = act. 28 = act. 30, fortan act. 28).

1.2. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 20. August 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung mit nachfolgenden Anträgen (act. 29; zur Rechtzeitigkeit act. 26b):

- " 1. Die Verfügung (Urteil) Geschäfts-Nr.: ER220079-L/U sei u.a. wegen Verfahrensfehlern aufzuheben;
2. von den Folgen gemäss Verfügung [recte wohl: Urteil] Ziffer 1 und 2 sei in der Folge von einer Ausweisungsanordnung abzusehen;
3. die aus dem Beschluss [recte: Urteil] Geschäfts-Nr.: ER220079-L/U resultierende Gerichtsgebühren seien folgegemäss aufzuheben;
4. es sei auf ein neues Mietverhältnis zwischen den Parteien festzustellen;
5. es sei die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu gewähren."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 1 – 26). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Ausführungen des Berufungsklägers ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

2. Im Berufungsverfahren können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie die Berufungsinstanz entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet bzw. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der die Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

3.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Berufungsbeklagte habe den Berufungskläger mit Schreiben vom 11. März 2021 für ausstehende Mietzinszahlungen gemahnt und ihm eine dreissigtägige Frist zur Begleichung der Ausstände angesetzt, mit der Androhung, dass bei deren unbenützlichem Ablauf das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde. Innert Frist habe der Berufungskläger die ausstehenden Mietzinse nicht beglichen. Nach unbenutztem Fristablauf habe die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger am 20. April 2021 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. Mai 2021 gekündigt. Die Formen und Fristen von Art. 257d und Art. 266I OR seien eingehalten worden. Der Berufungskläger befinde sich daher heute ohne Rechtsgrund im Mietobjekt (act. 28 S. 4 f. und S. 6 unten).

Gegen den (zusammengefassten) Einwand des Berufungsklägers im vorinstanzlichen Verfahren, wegen der Annahme und der buchhalterischen Zuordnung aller Mietzinszahlungen nach dem 31. Mai 2021 sei ein neuer Mietvertrag entstanden, den es zuerst zu kündigen gälte, erwog die Vorinstanz, allfällige Zahlungen durch die Sozialen Dienste der Stadt Zürich würden ein bereits rechtsgül-

tig beendetes Mietverhältnis nicht wieder aufleben lassen (act. 28 S. 6; vgl. zum Einwand des Berufungsklägers act. 23 S. 1 unten f.).

3.2. Der Berufungskläger stellt in seiner Berufung die Gültigkeit der Kündigung vom 20. April 2021 nicht (mehr) in Frage, bestreitet aber aufgrund des behaupteten neuen Mietvertrages nach wie vor den Herausgabeanspruch der Berufungsbeklagten.

Nachdem er berufsungsweise diverse Ausführungen in Bezug auf Mietzinszahlungen aufstellt, die nach der Kündigung im April 2021 erfolgt seien, macht er geltend, es sei aufgrund dieser Vorkommnisse bzw. Gegebenheiten nach Kündigung des Mietobjekts ein neuer Mietvertrag für dasselbe Objekt zustande gekommen. Dies insbesondere deshalb, weil die Berufungsbeklagte sich stets bemüht habe, fortlaufende Mietzinszahlungen zu erhalten. Explizit erwähnt seien hierbei auch die Aktivitäten seitens der Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten mit ihrem Telefonat mit den Sozialen Diensten der Stadt Zürich, worauf Direktzahlungen ausgeführt worden seien und würden. Das demnach aktuelle Mietverhältnis mündlicher Natur, gewohnheitsrechtlich, sei nie rechtsgültig gekündigt worden (act. 29 S. 2).

4. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Der Nachweis dieser Voraussetzungen obliegt der gesuchstellenden Partei. Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Gesuch illiquid und das Gericht tritt darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

Nicht sofort bewiesen ist der Sachverhalt, wenn erhebliche Einreden oder Einwendungen gemacht werden, die umfangreiche Abklärungen erfordern. Die Einreden oder Einwendungen des Gesuchsgegners müssen aber zumindest vertretbar und nicht von vornherein haltlos erscheinen. Offenkundig haltlose (Schutz-) Behauptungen vermögen den schnellen Rechtsschutz genauso wenig aufzuhalten wie die bewusste Verkomplizierung der Angelegenheit durch den Gesuchsgegner, um das Gericht zu verwirren und so den Anschein eines illiquiden

Sachverhalts zu erwecken (GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 257 N 8). Dabei muss der Gesuchsgegner Einreden und Einwendungen im Anwendungsbereich von Art. 257 ZPO nicht glaubhaft machen oder gar strikte beweisen. Namentlich bei Ausweisungen genügt es für die Verneinung eines klaren Falles, dass der Mieter substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber wäre ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der gesuchstellenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der erhobenen Einwände könne daran nichts ändern (BGer 4A\_440/2016 E. 5.2.1 m.w.H.).

5. Wie dargelegt stellt sich der Berufungskläger sinngemäss auf den Standpunkt, die Parteien hätten nach erfolgter Kündigung im April 2021 einen neuen Mietvertrag über die fragliche Wohnung geschlossen. Diesen Standpunkt vertrat er auch bereits im vorinstanzlichen Verfahren in seiner Eingabe vom 14. Juli 2022 (act. 23 S. 1 f.).

5.1. Zum Abschluss eines (Miet-)Vertrages braucht es den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, wobei diese ausdrücklich oder stillschweigend sein können (vgl. Art. 1 OR). Vorliegend behauptet der Berufungskläger nicht, es habe eine ausdrückliche Willensäusserung – bspw. schriftlich oder mündlich – seitens der Berufungsbeklagten gegeben. Verzichtet der Vermieter nach erfolgter ausserordentlicher Kündigung allerdings auf die Rückgabe der Mietsache, so ist abzuklären, ob ein stillschweigender Abschluss eines neuen Mietvertrages vorliegt. Setzt der Vermieter bspw. seine Kündigung und den damit verbundenen Rückgabeanspruch während längerer Zeit nicht durch und nimmt er während dieser Zeit sogar Mietzinszahlungen des Mieters für eine Periode nach dem Kündigungstermin ohne Vorbehalt entgegen, so muss gegebenenfalls ein stillschweigender Abschluss eines neuen Mietvertrages auf der Grundlage des gekündigten angenommen werden (SVIT-Komm.-RIEDT, 4. Auflage 2018, Art. 257d N 65 m.w.H.). Zu beachten ist allerdings, dass dem Vermieter, der Zahlungen über den Kündigungstermin hinaus entgegennimmt, für die Dauer des unrechtmässigen

Verbleibs des Mieters ein Schadenersatzanspruch zusteht, der im Zweifel der Höhe des früheren Mietzinses entspricht. Schlüssiges Indiz für einen neuen Vertrag ist daher nur die Entgegennahme von regelmässigen Mietzinszahlungen oder gar Vorauszahlungen nach Begleichung aller Rückstände (BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 14). Im Allgemeinen können konkludente Willenserklärungen nur angenommen werden, wenn genügend sichere Anhaltspunkte für einen hinter dem Verhalten stehenden Willen vorliegen. Infolgedessen kann blosses Schweigen oder passives Verhalten nicht als konkludente Willenserklärung gedeutet werden (KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 1 OR N 5).

5.2.1. Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers kann aus dem Umstand, dass sich die Berufungsbeklagte um Direktzahlungen durch die sozialen Dienste bemühte, nicht geschlossen werden, sie habe nach der Kündigung einen neuen Mietvertrag abschliessen wollen (act. 29 lit. d). Im Gegenteil: Die Berufungsbeklagte stellte in ihrer Stellungnahme vom 16. Juni 2022 – und damit nur einen Tag vor dem Telefonat mit der Sozialbehörde (act. 24/2) – bereits Abklärungen mit dem Sozialamt in Aussicht und vertrat den Standpunkt, allfällige Mietzinszahlungen durch das Sozialamt seien bis zur Ausweisung direkt an sie zu bezahlen (act. 18 S. 2 Mitte). Insbesondere durch die Befristung der Zahlungen bis zur Ausweisung hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie die Zahlungen durch das Sozialamt als Schadenersatz für die Zeit des unrechtmässigen Verbleibens in der Wohnung im Sinne der vorstehenden Erwägung verstanden haben wollte und nicht einen neuen Mietvertrag habe abschliessen wollen. Entsprechend sind auch die offerierten Budgets der sozialen Dienste irrelevant (act. 29 S. 2 unten; ohnehin würde sich aufgrund der Novenbeschränkung die Frage der Zulässigkeit der offerierten Budgets stellen, vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

5.2.2. Auch aus den sonstigen Vorbringen kann der Berufungskläger nicht ansatzweise substantiiert und schlüssig vorbringen, inwiefern durch das Verhalten der Berufungsbeklagten ein neuer Mietvertrag zustande gekommen sein soll.

In Bezug auf seinen behaupteten Verrechnungsanspruch wiederholt der Berufungskläger in seiner Berufung lediglich seinen Standpunkt, ihm stehe ein Guthaben gegenüber der Berufungsbeklagten aus geleisteter Überzeit in Höhe

von CHF 16'300.– zu. Es müsse davon ausgegangen werden, dass auch dieses Guthaben – wie früher sein Lohn – mit den Mietzinsen verrechnet würden (act. 29 lit. a). Hervorzuheben ist, dass die Berufungsbeklagte die Forderung des Berufungsbeklagten und damit den Verrechnungsanspruch bestreitet (act. 18 S. 2 Mitte). Inwiefern unter diesen Umständen der Wille zu einem (konkludenten) Vertragsabschluss abgeleitet werden kann, ist nicht nachvollziehbar.

Ferner blieb die vorinstanzliche Feststellung unbestritten, der Berufungskläger habe im Jahr 2021 lediglich drei Zahlungen getätigt (Februar, Mai und Oktober; act. 28 S. 4). Aus dem Umstand, dass der Berufungskläger nach erfolgter Kündigung (lediglich) zwei Zahlungen im Mai und Oktober 2021 für dieselben Monate leistete, kann ebenfalls nicht geschlossen werden, die Berufungsbeklagte habe einen neuen Mietvertrag abschliessen wollen (vgl. in diesem Sinne act. 29 lit. b; zu den Zahlungen s. act. 10/3). Die (passive) Entgegennahme von zwei Zahlungen – bei gleichzeitig mehrmonatigen Mietzinsausständen – lässt diesen Schluss nicht zu. Mit anderen Worten kann von einem Indiz für einen konkludenten Vertragsabschluss nicht die Rede sein, wenn die Berufungsbeklagte in einem Zeitraum von über mehreren Monaten lediglich zwei Mietzinszahlungen entgegennahm, die der Berufungskläger in unregelmässigen und willkürlichen Abständen leistete. Inwiefern die Entgegennahme der Zahlung im Monat Februar 2021 – d.h. vor der Kündigung des ursprünglichen Mietvertrags – überhaupt ein Indiz für den Abschluss eines Mietvertrags *nach* erfolgter Kündigung sein kann, ist nicht nachvollziehbar. Entsprechend gehen die Ausführungen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit dem Verlustschein vom 17. Mai 2022 und der angeblichen Doppelbuchungen an der Sache vorbei (vgl. act. 29 lit. c mit Verweis auf act. 24/1).

5.3. Zusammenfassend ist der Einwand des Berufungsklägers offensichtlich unbegründet, er habe mit der Berufungsbeklagten nach erfolgter Kündigung einen neuen Mietvertrag abgeschlossen. Da er auch sonst keine substantiierten und schlüssigen Einreden vorbringt, ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

6.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr ist ausgehend von einem Streitwert von

CHF 12'600.– und unter Berücksichtigung der eher geringen Schwierigkeit des Falles auf CHF 600.– festzusetzen (vgl. § 12 i.V.m. § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG) und dem Berufungskläger aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Berufungskläger nicht, weil er mit seiner Berufung unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

6.2. Der Berufungskläger ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 29 Antrag Ziffer 5). Weil die Berufung aufgrund vorstehender Ausführungen aussichtslos erscheint, ist das Gesuch abzuweisen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 600.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 29, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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 CHF 12'600.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: