

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG190017-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Obergerichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss und Urteil vom 2. Dezember 2019

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom 20. Juni 2019
(MB190008)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Kündigungen der zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnisse nichtig sind.
2. Eventuell seien die Kündigungen des Beklagten datiert vom 19. November 2018 vollumfänglich aufzuheben.
3. Subeventualiter seien die Mietverhältnisse zwischen den Parteien angemessen zu erstrecken.
4. Der Klägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage (act. 26 S. 2):

- "1. Es sei widerklageweise festzustellen, dass die ausserordentliche Kündigung des Vermieters vom 29. Januar 2019 rechtsgültig ist.
2. Die Mieterin sei zu verpflichten, die Mieträume unverzüglich zu verlassen.
3. Subeventualiter sei widerklageweise festzustellen, dass die ordentliche Kündigung des Vermieters vom 29. Januar 2019 rechtsgültig ist.
4. Die Mieterin ist zu verpflichten, die Mieträume per 30. September 2019 zu verlassen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MWSt) zulasten der Mieterin."

Urteil des Bezirksgerichtes:

- "1. Das Doppel der Stellungnahme/Klageantwort sowie der Widerklage vom 12. Juni 2019 und der Beilagen wird der Klägerin und Widerbeklagten zugestellt.
2. Die Hauptklage wird als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben.
3. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
4. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Kosten werden dem Beklagten und Widerkläger auferlegt.

6. Der Beklagte und Widerkläger wird verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.

7./8. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 35 S. 2):

- "1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, Kollegialgericht, vom 20. Juni 2019 (Geschäfts-Nr.: MB190008-L/U) sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten. Eventualiter sei sie abzuweisen.
2. Die Widerklage des Vermieters sei gutzuheissen und es sei festzustellen, dass die ausserordentliche Kündigung des Vermieters vom 29. Januar 2019 rechtsgültig ist.
3. Die Mieterin sei zu verpflichten, die Mieträume unverzüglich zu verlassen.
4. Eventualiter sei die Widerklage des Vermieters gutzuheissen und es sei festzustellen, dass die ordentliche Kündigung des Vermieters vom 29. Januar 2019 rechtsgültig ist.
5. Die Mieterin sei zu verpflichten, die Mieträume per 30. September 2019 zu verlassen.
6. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Beurteilung sämtlicher Anträge des Vermieters im Sinne der Erwägungen der Berufungsinstanz.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt) zulasten der Mieterin."

der Berufungsbeklagten (act. 42 S. 2):

- "1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten.
2. Eventuell sei die Berufung abzuweisen.
3. Subeventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

5. Für den Fall des Unterliegens sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren."

Erwägungen:

1.

1.1. B._____ (Klägerin, Wiederbeklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) mietete mit Verträgen vom 26. und 30. Juli 2007, 23. August 2012 und 30. Mai 2015 von A._____ (Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) eine 4.5-Zimmer-Wohnung mit Parkplatz und Bastelraum sowie eine 1.5-Zimmer-Wohnung in der Liegenschaft am ... [Adresse] für insgesamt Fr. 3'850.-- monatlich (act. 3/1, act. 3/2, act. 3/3 und act. 3/4). Diese Mietverhältnisse wurden vom Berufungskläger zunächst mit amtlich genehmigtem Formular vom 19. November 2018 aus wichtigen Gründen fristlos gekündigt (act. 3/7). Sodann kündigte der Berufungskläger die Mietverhältnisse mit amtlich genehmigten Formularen vom 29. Januar 2019 einerseits ausserordentlich aus wichtigem Grund per 30. April 2019 (act. 28/16) und andererseits subsidiär ordentlich per 30. September 2019 (act. 28/17).

1.2. Nach einem durch die Berufungsbeklagte eingeleiteten, erfolglosen Schlichtungsversuch der Schlichtungsbehörde ..., erhob die Berufungsbeklagte am 20. März 2019 (Datum Poststempel) Klage beim Mietgericht Zürich und beantragte in der Sache die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigungen, eventuell die Aufhebung der Kündigung vom 19. November 2018 und subeventuell die angemessene Erstreckung der Mietverhältnisse (act. 1 und act. 8). Daraufhin erstattete der Berufungskläger mit Eingabe vom 12. Juni 2019 die Klageantwort, erhob gleichzeitig Widerklage und beantragte die Feststellung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 29. Januar 2019, die Verpflichtung der Berufungsbeklagten, die Mieträume unverzüglich zu verlassen, subeventualiter die Feststellung der Gültigkeit der ordentlichen Kündigung vom 29. Januar 2019 und die Verpflichtung der Berufungsbeklagten, die Mieträume per 30. September 2019 zu verlassen (act. 26). Für die Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte

wird im Übrigen auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 30 S. 2 f.). Mit Beschluss vom 20. Juni 2019 schrieb das Mietgericht Zürich die Hauptklage als durch Anerkennung erledigt ab und trat auf die Widerklage nicht ein, unter Kosten- und Entschädigungspflicht zu Lasten des Berufungsklägers (act. 30 = act. 34).

1.3. Gegen diesen Beschluss erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 13. August 2019 rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (act. 35). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-32). Nachdem der dem Berufungskläger mit Verfügung vom 21. August 2019 auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 5'800.-- fristgerecht geleistet worden war (act. 37-39), wurde der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 8. Oktober 2019 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 40). Die Berufungsantwort wurde am 11. November 2019 innert Frist erstattet, mit den vorstehend genannten Rechtsbegehren (act. 42). Der Schriftsatz wird dem Berufungskläger mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen sein. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Beim angefochtenen Beschluss vom 20. Juni 2019 handelt es sich um einen Abschreibungsentscheid gestützt auf eine Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 Abs. 3 ZPO. Nach Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO können solche Parteidispositionen auf Grund zivilrechtlicher Willensmängel mit Revision angefochten werden. Richtet sich das Rechtsmittel indes gegen den Abschreibungsentscheid selber, mit welchem das prozessual gültige Zustandekommen des Entscheidsurrogats geprüft und festgehalten wird (OFK ZPO-ENGLER, 2. Aufl. 2015, Art. 241 N 9), ist nach konstanter Praxis der Kammer in vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Streitwert über Fr. 10'000.-- die Berufung zulässig (OGer ZH PP140044 vom 20.11.2014, OGer ZH NP130033 vom 20.3.2014; OGer ZH RU130067 vom 18.3.2014, OGer ZH PD110003 vom 4.3.2011 = ZR 110/2011 Nr. 34).

2.2. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Obliegenheit, das Rechtsmittel zu

begründen, ergibt sich zudem, dass die Berufung Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.3. Die vorliegende Berufung vom 13. August 2019 richtet sich gegen den vorinstanzlichen Abschreibungsbeschluss. Der Berufungskläger bemängelt das Vorliegen einer Anerkennungserklärung im Sinne von Art. 241 Abs. 1 ZPO und bestreitet damit die Zulässigkeit des Entscheides (vgl. act. 35). Der Streitwert beträgt zudem Fr. 331'100.-- (vgl. act. 37), womit nach dem Gesagten die Berufung zulässig ist. Die Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert, weshalb auf die Berufung einzutreten ist.

3.

3.1. Die Vorinstanz erachtete im angefochtenen Entscheid ein Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten an der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung vom 19. November 2018 als gegeben und trat auf die Klage ein (act. 34 E. 2.2, S. 4 ff.). Des Weiteren erwog sie im Wesentlichen, aus der Stellungnahme des Berufungsklägers zur Klage gehe eindeutig hervor, dass der Berufungskläger an der von der Hauptklage betroffenen Kündigung der Mietverhältnisse vom 19. November 2018 nicht festhalte und diese als nichtig anerkenne. Damit liege sinngemäss eine Klageanerkennung vor, weshalb das Verfahren unter Kostenfolge zulasten des Berufungsklägers abzuschreiben sei (act. 34 E. 2.2, S. 4 und S. 6). Mit der Abgabe der Abstandserklärung habe auch die Rechtshängigkeit der Hauptklage geendet. Daher sei im Zeitpunkt der Widerklage die Hauptklage nicht mehr rechtshängig gewesen, weshalb sich die Widerklage als unzulässig erweise und darauf nicht einzutreten sei (act. 34 E. 3.1, S. 6 f.).

3.2. Der Berufungskläger bestreitet, die Klage im Sinne von Art. 241 ZPO anerkannt zu haben, und wirft der Vorinstanz ein Verletzung des rechtlichen Gehörs, des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie Rechtsverweigerung vor, indem sie seine Klageantwort entgegen den ausdrücklichen Rechtsbegehren auf Nicht-eintreten bzw. eventualiter auf Abweisung der Klage als Klageanerkennung gewertet habe, seine Rechtsbegehren in der Klageantwort nicht behandelt habe und auf die Widerklage nicht eingetreten sei. Zusammengefasst führt er aus, er habe lediglich zur Begründung seines Hauptantrages Ausführungen gemacht, die auf eine Anerkennung der Nichtigkeit der Kündigung vom 19. November 2019 hindeuten könnten. Diese seien unter der Bedingung der Gutheissung seines Hauptantrages erfolgt (act. 35 S. 5 ff.). Selbst wenn nicht restlos klar gewesen sei, ob er die Nichtigkeit der Kündigung anerkenne oder nicht, so hätte die Vorinstanz aber keinesfalls von einer expliziten Klageanerkennung ausgehen dürfen und hätte ihn von Amtes wegen zur Klarstellung oder Verbesserung auffordern müssen (act. 35 S. 8 f.). Aber auch im Falle des Dahinfallens der Hauptklage infolge Klageanerkennung hätte die Vorinstanz die Widerklage behandeln müssen, weil die Hauptklage bei Erhebung der Widerklage rechtshängig gewesen sei und Letztere eine selbständige Klage sei, die bestehen bleibe, auch wenn die Hauptklage nachträglich dahinfalle (act. 35 S. 9 ff.).

3.3. Die Berufungsbeklagte äussert sich in der Berufungsantwort nur insofern zu der hier in Frage stehenden Klageanerkennung und zum angefochtenen Abschreibungsbeschluss, indem sie geltend macht, der Berufungskläger gestehe zu, dass die fristlose Kündigung vom 19. November 2018 nichtig gewesen sei. Das stehe im Widerspruch zu seinem Eventualantrag sowie dem dazu vorgebrachten Sachverhalt, weshalb der Vorinstanz in der Konsequenz nichts anderes übrig geblieben sei, als die Klageanerkennung festzustellen (act. 42 S. 7).

Hauptsächlich beschränken sich die Ausführungen der Berufungsbeklagten indes auf die Darstellung des den Kündigungen zu Grunde liegenden Sachverhalts sowie die Bestreitung der Widerklage hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, den Prozessvoraussetzungen und generell der in der Widerklage gemachten Vorbringen des Berufungsklägers (act. 42 S. 2 ff. und S. 7 ff.). Da diese Ausführungen der Beru-

fungsbeklagten hier nicht von Belang sind, ist auch nicht weiter darauf einzugehen.

4.

4.1. Die Zivilprozessordnung sieht die Möglichkeit der Klageanerkennung vor. Es handelt sich um eine einseitige, als prozessuale Handlung an das Gericht gerichtete Abstandserklärung der beklagten Partei, dass sie die Klage anerkennt. In Abgrenzung zu einem Zugeständnis, bezieht sich die Klageanerkennung nicht auf einzelne Tatsachen, die dann nicht mehr bewiesen werden müssen, sondern auf das Rechtsbegehren des Prozessgegners (BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 8-10; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, 3. Aufl. 2016, Art. 241 N 10). Die Klageanerkennung erfolgt gegenüber dem Gericht entweder schriftlich oder mündlich zu Protokoll, welches zu unterzeichnen ist (Art. 241 Abs. 1 ZPO; BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 21-23, OFK ZPO-ENGLER, 2. Aufl. 2015, Art. 241 N 4; MARKUS KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 241 N 9; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, 3. Aufl. 2016, Art. 241 N 12 f.). Eine solche Parteidisposition hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO), sie beendet den Prozess unmittelbar, sofern sie prozessual gültig abgeschlossen und dem Gericht ordnungsgemäss mitgeteilt worden ist (BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 27 und N 31, MARKUS KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 241 N 12). Sind diese Voraussetzungen gegeben, schreibt das Gericht das Verfahren ab (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Demnach prüft und bestätigt das Gericht mit dem Abschreibungsbeschluss implizit die formelle Korrektheit, Klarheit und Vollständigkeit des Entscheidsurrogats. Mitunter ist das Gericht verpflichtet, von den Parteien die Verbesserung eines unvollständig oder unklar formulierten Vergleichs zu verlangen (BGE 124 II 8 E. 3b; BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 31 und N 44; OFK ZPO-ENGLER, 2. Aufl. 2015, Art. 241 N 4; MARKUS KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 241 N 12 f. und N 16; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, 3. Aufl. 2016, Art. 241 N 19). Entsprechendes hat auch bei nur indirekt formulierten Abstandserklärungen zu gelten. Zudem nimmt das Gericht eine rudimentäre inhaltliche Prüfung der Parteidisposition vor (BK ZPO-KILLIAS, Art. 241 N 45).

4.2. Der Berufungskläger stellte bei der Vorinstanz in seiner Klageantwort vom 12. Juni 2019 mit Bezug auf die Klage der Berufungsbeklagten die folgenden Rechtsbegehren (act. 26 S. 2):

- "1. Auf die Feststellungsklage sei infolge Gegenstandslosigkeit nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Feststellungsklage abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MWSt) zulasten der Mieterin."

Die Rechtsbegehren enthalten keine Abstandserklärung des Berufungsklägers. Die Vorinstanz erkannte diese denn auch nicht in den Rechtsbegehren, sondern "eindeutig" in der dazugehörigen Begründung, worin der Berufungskläger die Kündigung vom 19. November 2018 als nichtig anerkenne. Tatsächlich führt der Berufungskläger in der Klageantwort vom 12. Juni 2019 aus, die Kündigung vom 19. November 2018 sei nichtig gewesen, er habe die Nichtigkeit durch die Aussprache der nachfolgenden Kündigungen bereits anerkannt (act. 26 S. 4 N 7), und er habe sich von der Schlichtungsbehörde belehren lassen und habe eine gültige Kündigung ausgesprochen, nachdem die erste offensichtlich nichtig gewesen sei (act. 26 S. 16 zu N 10). Der Berufungskläger weist in seiner Beschwerde allerdings zutreffend darauf hin, dass diese Ausführungen im Zusammenhang mit der Begründung seines Hauptantrages auf Nichteintreten stehen, denn er stellte sich in der Klageantwort auf den Standpunkt, der Berufungsbeklagten fehle es daher an einem rechtlich geschützten Interesse für die Feststellung der Nichtigkeit, was zur Gegenstandslosigkeit führe (act. 26 S 4 N 7). Im Übrigen hält der Berufungskläger in der Klageantwort durchaus an der Gültigkeit der Kündigung vom 19. November 2018 fest (act. 26 S. 4 N 8, S. 10 N 24 f. und S. 16 zu N 9). Demnach ersucht der Berufungskläger in der Klageantwort abschliessend gestützt auf seine Ausführungen denn auch um Abweisung der Klage, falls darauf eingetreten werde (act. 26 S. 16 in fine). Diese Umstände lässt die Vorinstanz ausser Acht. Unter Berücksichtigung der gesamten Klageantwortbegründung und der klaren Rechtsbegehren ergibt sich, dass sich die Anerkennung nicht auf die Klage als Ganzes bezieht, sondern nur auf eine einzelne Tatsache, nämlich die Nichtigkeit der Kündigung vom 19. November 2018 im Zusammenhang mit dem

beantragten Nichteintreten zufolge Gegenstandslosigkeit. Daran ändert nichts, dass die Begründung insgesamt unter Umständen widersprüchlich erscheinen kann. Nach dem vorstehend Ausgeführten handelt es sich bei den Ausführungen des Berufungsklägers jedenfalls um ein Zugeständnis und nicht um eine Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO.

4.3. In der Folge hat die Vorinstanz Recht verletzt, indem sie trotz fehlender Abstandserklärung den Prozess als beendet erachtet hat, das Hauptklageverfahren abgeschlossen hat und auf die Widerklage mangels Rechtshängigkeit der Hauptklage nicht eingetreten ist. Bei diesem Ergebnis kann schliesslich offen bleiben, ob die Vorinstanz selbst im Falle der Bestätigung einer Klageanerkennung zu Recht auf die Widerklage nicht eingetreten ist, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

5.

Demnach ist in Gutheissung der Berufung der angefochtene Beschluss vom 20. Juni 2019 aufzuheben. Die Berufungsinstanz kann diesfalls neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn (1.) ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde, oder (2.) der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Da die Vorinstanz die Klage- und Widerklagebegehren materiell nicht beurteilt hat, mithin sich im angefochtenen Entscheid mit der Sache inhaltlich nicht auseinandergesetzt hat, ist das Verfahren zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

6.1. Abschliessend ist das Gesuch der Berufungsbeklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Aussichtslos sind Begehren dann, wenn deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Mass-

gebend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde. Die Prozesschancen sind in vorläufiger summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund des jeweiligen Aktenstandes zu beurteilen und abzuschätzen (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 13).

6.2. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, erweisen sich die Rechtsbegehren der Berufungsbeklagten von vornherein als aussichtslos, da sie sich in der Begründung hauptsächlich mit der Sache bzw. der Widerklage und nur ansatzweise mit dem Gegenstand des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens auseinandersetzt. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist deshalb abzuweisen.

7.

7.1. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidunggebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

7.2. Die Entscheidunggebühr berechnet sich im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von Fr. 331'100.-- (vgl. act. 37) beträgt die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG Fr. 16'972.--. Da es sich um eine wiederkehrende Leistung handelt, sich der Entscheid nicht mit der Hauptsache auseinanderzusetzen hatte und es sich um eine Rückweisung handelt, ist die Gebühr zu ermässigen. Sie ist auf Fr. 1'500.-- festzusetzen und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

7.3. Zudem hat die Berufungsbeklagte den Berufungskläger für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Die Parteientschädigung beträgt in Anwendung von

§ 13 Abs. 1 AnwGebV in Einklang mit den Grundsätzen von § 2 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 bis 3 und in Verbindung mit § 11 Abs. 1 AnwGebV Fr. 2'500.-- (zuzügl. Mehrwertsteuer).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung vom 13. August 2019 wird die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und der Berufungsbeklagten auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der vom Berufungskläger geleistete Vorschuss von Fr. 5'800.-- herangezogen; der Überschuss wird dem Berufungskläger zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger Fr. 1'500.-- zu ersetzen.

3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort (act. 42), sowie an das Mietgericht Zürich, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 331'100.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: