

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG230008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss vom 6. September 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

sowie

D. _____ AG,

Nebenintervenientin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____,

sowie

1. **Miteigentümergeinschaft E._____ -strasse 1-2,**

- a) **F._____**,
- b) **G._____**,
- c) **H._____**,
- d) **I._____**,
- e) **J._____**,
- f) **K._____**,
- g) **L._____**,
- h) **M._____**,
- i) **N._____**,
- j) **O._____**,
- k) **P._____**,
- l) **Q._____**,
- m) **R._____**,
- n) **S._____**,
- o) **T._____**,
- p) **U._____**,
- q) **V._____**,
- r) **W._____**,
- s) **AA._____**,
- t) **AB._____**,
- u) **AC._____**,
- v) **AD._____**,
- w) **AE._____**,
- x) **AF._____**,
- y) **AG._____**,
- z) **AH._____**,
- aa) **AI._____**,
- ab) **AJ._____**,
- ac) **AK._____**,

- ad) **AL.**_____ ,
 - ae) **AM.**_____ ,
 - af) **AN.**_____ ,
 - ag) **AO.**_____ ,
 - ah) **AP.**_____ ,
 - ai) **AQ.**_____ ,
 - aj) **AR.**_____ ,
 - ak) **AS.**_____ ,
 - al) **AT.**_____ ,
 - am) **AU.**_____ ,
 - an) **AV.**_____ ,
 - ap) **AW.**_____ ,
 - aq) **AX.**_____ ,
 - ar) **AY.**_____ ,
 - as) **AZ.**_____ ,
 - at) **BA.**_____ ,
 - au) **BB.**_____ ,
 - av) **BC.**_____ ,
 - aw) **BD.**_____ ,
 - ax) **BE.**_____ ,
 - ay) **BF.**_____ ,
 - az) **BG.**_____ ,
 - ba) **BH.**_____ ,
 - bb) **BI.**_____ ,
 - 2. **BJ.**_____ **AG**,
 - 3. **BK.**_____ **AG**,
- Streitberufene

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Entscheid des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes
Winterthur vom 2. März 2023 (MH200003)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Schaden von mindestens CHF 34'101.75 zzzg. Zins von 5% ab dem 15. November 2019 zu bezahlen;
2. Es sei dem Kläger für das vorliegende Verfahren eine angemessene Entschädigung zu gewähren;
3. Eventualiter sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsvertreterin beizugeben;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

In prozessualer Hinsicht sei mittels Gutachtens die Höhe des verursachten Schadens an den Gipsmasken festzustellen. Der Gutachter sei durch das Gericht zu bestimmen."

Urteil des Mietgerichtes:

(act. 55 S. 57 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Es wird davon Vormerk genommen, dass dem Kläger mit Beschluss vom 24. Oktober 2022 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt wurde.
 3. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'800.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
 4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
 5. Dem Kläger wird der von ihm geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'278.– von der Gerichtskasse zurückbezahlt.
 6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 8'400.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- [7.-8. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 56 S. 7 f.):

- "1. Es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, die Höhe des von ihr festgestellten, eingetretenen Schadens, eventualiter mittels der angebehrten Gutachten, festzustellen und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger diesen Schaden inklusive Zins von 5% ab dem 15. November 2019 zu bezahlen;
2. Eventualiter sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger den Schaden von mindestens CHF 34'101.75 zzzg. Zins von 5% ab dem 15. November 2019 zu bezahlen;
3. Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren als auch das Verfahren vor Vorinstanz eine angemessene Entschädigung zu gewähren;
4. Eventualiter sei dem Berufungskläger weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsvertreterin beizugeben;
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 78 S. 4):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann, und es sei demgemäss das Urteil des Mietgerichts Winterthur vom 2. März 2023 (Geschäfts-Nr. MH200003-K) zu bestätigen.
2. Die prozessualen Anträge seien abzuweisen.
3. Alle unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.1% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ist nach seiner eigenen Schilderung ein Maler, Bildhauer und Visual Artist, der seit vielen Jahren tätig ist (act. 1 S. 4). Die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ist Eigentümerin der Liegenschaft E. _____-strasse 3 in BL. _____ (act. 3/6). Sie vermietete mit

Mietvertrag vom 19. Juli 2018 einen Bastel-, Lager- und Hobbyraum im ersten Untergeschoss dieser Liegenschaft an den Kläger (vgl. act. 3/8 und act. 17 S. 13). Zur Überbauung gehört eine Tiefgarage, welche sich bei der Liegenschaft E.____-strasse 3 befindet. Die Tiefgarage steht im gemeinschaftlichen Eigentum der Miteigentümergeinschaft (MEG) E.____-strasse 1-2. Die Beklagte ist Teil dieser MEG (act. 17 S. 12 f.; act. 19/2).

1.2. Der Kläger verlangte von der Beklagten mit Klage vom 22. Juli 2020 (vgl. act. 1) vor dem Mietgericht des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) Schadenersatz gestützt auf Art. 259e OR. Er machte geltend, dass im April 2019 aufgrund Wassereintritts in das Mietobjekt das dort gelagerte, aus Gipsmasken bestehende Kunstwerk "... " – eines seiner Lebenswerke – in einem grossen Umfang (mehr als ein Drittel der gelagerten Masken) beschädigt worden sei (vgl. act. 55 S. 6 f., S. 22 ff.). Die Beklagte verkündete in der Klageantwort vom 5. November 2020 den einzelnen Miteigentümern der MEG E.____-strasse 2-3, der D.____ AG (vormals: D.____ AG) und der BJ.____ AG (Streitberufene 1-3 gemäss dem Rubrum des angefochtenen Entscheids) den Streit. Die Streitberufenen 1-3 verzichteten in der Folge auf eine Beteiligung am Verfahren vor der Vorinstanz (vgl. act. 55 S. 8).

1.3. Die Vorinstanz wies die Klage mit dem eingangs angeführten Urteil vom 2. März 2023 ab (act. 50 = act. 55 = act. 57; nachfolgend zitiert als act. 55). Das Urteil wurde dem Kläger am 15. März 2023 zugestellt (act. 51).

1.4. Der Kläger erhob mit Eingabe vom 26. April 2023 Berufung gegen das Urteil vom 2. März 2023. Er stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge und verkündete seinerseits der D.____ AG (vormals D.____ AG, Streitberufene 2 im Rubrum des angefochtenen Entscheids) den Streit (act. 56 S. 7 f.).

1.5. Die D.____ AG trat dem Verfahren mit Eingabe vom 26. Oktober 2023 als Nebenintervenientin bei (act. 66), nachdem ihr mit Verfügung vom 6. Oktober 2023 (act. 64) die klägerische Streitverkündung mitgeteilt worden war.

1.6. Mit Beschluss vom 23. November 2023 bewilligte die Kammer dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihm in der Person seiner Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin. Gleichzeitig wurde der Antrag des Klägers auf Ausrichtung einer Akontozahlung an die Kosten der unentgeltlichen Rechtsvertretung abgewiesen und dem Kläger die Eingabe der Nebenintervenientin vom 26. Oktober 2023 samt Beilagen zugestellt (act. 66; act. 67/1-3).

1.7. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2023 erklärte der Kläger der BK. _____ AG und der BJ. _____ AG den Streit (act. 70). Letzterer hatte vor Vorinstanz bereits die Beklagte den Streit verkündet (vgl. vorne Ziff. 1.2).

1.8. Mit Verfügung vom 3. Januar 2024 wurde die klägerische Streitverkündung den weiteren Streitberufenen (BK. _____-AG; BJ. _____ AG) mitgeteilt (act. 72). Beide verzichteten auf eine Teilnahme am Verfahren (act. 74 f.).

1.9. Mit Beschluss vom 11. März 2024 wurde der Beklagten eine Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 76; Art. 312 Abs. 1 ZPO). Mit Eingabe vom 29. April 2024 erstattete die Beklagte fristgerecht ihre Berufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei (act. 78; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 77/2; Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO).

1.10. Mit Verfügung vom 10. Juni 2024 wurde dem Kläger die Berufungsantwort der Beklagten zugestellt (act. 79). Daraufhin wurden die Parteien auf den 12. August 2024 zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen; auf einen Einbezug der Nebenintervenientin wurde verzichtet (vgl. act. 79 und 81/1-4).

1.11. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 12. August 2024 schlossen die Parteien unter Mitwirkung einer Gerichtsdelegation folgenden Vergleich (act. 88):

1. Die Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger als Entschädigung für den ihm durch die Sanierungsarbeiten an der E. _____-strasse 3 entstandenen Wasserschaden Fr. 45'000.– zu bezahlen.

2. Die Beklagte verpflichtet sich, den Vergleichsbetrag gemäss Ziffer 1 von Fr. 45'000.– bis spätestens am 30. September 2024 zu bezahlen.
3. Mit Erfüllung dieses Vergleichs sind die Parteien per Saldo ihrer gegenseitigen Ansprüche aus dem Wasserschaden infolge der Sanierungsarbeiten an der E. _____-strasse 3 auseinandergesetzt.
4. Die Parteien beantragen dem Obergericht, die Ziffer 1 des Entscheides des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. März 2023 aufzuheben und das Verfahren diesbezüglich als durch Vergleich erledigt abzuschreiben.
5. Die Parteien beantragen dem Obergericht, die Ziffern 4 und 6 des Entscheides Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. März 2023 aufzuheben und die erstinstanzlichen Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen; die Parteien verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.
6. Die Parteien übernehmen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.
7. Dieser Vergleich wird rechtskräftig, sofern er nicht von einer Partei bis spätestens 26. August 2024 (Datum des Poststempels) schriftlich beim Obergericht widerrufen wird."

1.12. Die Parteien haben sich mit der Vereinbarung ausdrücklich einverstanden erklärt und diese eigenhändig unterzeichnet. Ein schriftlicher Widerruf ging nicht ein, womit der Vergleich rechtskräftig geworden ist.

2. Verfahrenserledigung

2.1. Die Parteien schlossen im Berufungsverfahren einen Vergleich. Ein gerichtlicher Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheides des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. März 2023 ist vereinbarungsgemäss aufzuheben und das Verfahren diesbezüglich als durch Vergleich erledigt abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Vereinbarungsgemäss sind auch die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die erstinstanzlichen Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Anteil des Klägers ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 55 Dispositiv-Ziff. 2) einstweilen auf die Gerichts-

kasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 123 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen.

2.2. Die Vorinstanz bestellte dem Kläger in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin (act. 55 Dispositiv-Ziff. 2). Über die vorläufige Entschädigung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ aus der Gerichtskasse hat die Vorinstanz noch nicht entschieden. Diesem Entscheid ist an dieser Stelle nicht vorzugreifen. Weil das Verfahren in der Hauptsache nunmehr rechtskräftig ist und die Akten mit dem vorliegenden Beschluss an die Vorinstanz zurückgehen, steht einer baldigen Festsetzung der Entschädigung nichts mehr im Wege.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 2'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 10 Abs. 1 GebV) und den Parteien antragsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen. Der Anteil des Klägers ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 123 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen.

3.2. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ ist für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Klägers im Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Entschädigung berechnet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (§ 23 Abs. 1 AnwGebV). Im Berufungsverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 13 AnwGebV). Im Streit lag eine unbezifferte Forderungsklage mit einem Mindeststreitwert von Fr. 34'101.75. Weil das Verfahren ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgeschlossen wurde und eine nachträgliche Bezifferung der Klageforderung deshalb unterblieb, rechtfertigt es sich für die Bemessung der Anwaltsgebühr auf die höhere Vergleichssumme abzustellen. Bei einem Streitwert von Fr. 45'000.– ergibt sich bei endgültiger Streiterledigung im Berufungsverfahren eine Grundgebühr von Fr. 4'367.– (§ 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 [Herabsetzung auf 2/3 aufgrund der aus dem erstinstanzlichen Verfah-

ren bereits bestehenden Fallkenntnisse] AnwGebV). Diese Grundgebühr ist unter Berücksichtigung des notwendigen Zeitaufwandes (act. 58/13 und act. 89) und der langen Verfahrensdauer um 10% auf Fr. 4'803.70 zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Für die Teilnahme an der zusätzlichen Instruktionsverhandlung ist ein Zuschlag von 25% der Gebühr nach § 13 AnwGebV zu gewähren, womit ein Honorar von Fr. 6'004.65 resultiert. Hinzu kämen an sich noch die Auslagen. Zu entschädigen sind gemäss § 22 Abs. 1 AnwGebV allerdings nur notwendige Auslagen. Die Praxis leitet daraus ab, dass die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte konkret anzugeben haben, welche Auslagen ihnen effektiv anfielen. Eine Auslagenpauschale von 3%, wie sie von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ geltend gemacht wird, sieht die AnwGebV nicht vor (OGer ZH PQ170029 vom 15. August 2017 E. 3.5; anders z.B. Art. 28^{bis} HonO SG). Die beantragte Auslagenpauschale kann daher nicht vergütet werden. Hingegen ist antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% auf den im Jahr 2023 erbrachten Leistungen und ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8.1% auf den im Jahr 2024 erbrachten Leistungen zu gewähren (vgl. act. 58/13 und act. 89). Die im Jahr 2024 erbrachten Leistungen entsprechen im Wesentlichen dem für die Instruktionsverhandlung gewährten Zuschlag von Fr. 2'110.–. Das restliche Honorar ist dem Jahr 2023 zuzuordnen. Daraus ergibt sich ein Mehrwertsteuerzuschlag von total Fr. 467.16 (Fr. 369.88 [=Fr. 4'803.70 x 7.7%] + Fr. 97.28 [Fr. 1'200.95 x 8.1%]). Zusammengefasst und gerundet beläuft sich die Entschädigung von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ für das Berufungsverfahren somit auf Fr. 6'472.–. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 123 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Mietgericht, vom 2. März 2023 wird aufgehoben und das Verfahren als durch Vergleich erledigt abgeschrieben.
2. Die Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Mietgericht, vom 2. März 2023 wird aufgehoben und die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 4'800.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Klägers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).
3. Die Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Mietgericht, vom 2. März 2023 wird aufgehoben und es werden für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Klägers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).
5. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für ihre Bemühungen als Rechtsvertreterin des Klägers im zweitinstanzlichen Verfahren mit total Fr. 6'472.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO):
7. Schriftliche Mitteilung an Rechtsanwältin lic. iur. X. _____, an den Kläger persönlich, an die Beklagte, an die Nebenintervenientin und unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 34'101.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Die **Anfechtung einer Parteierklärung** (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit **Revision** beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am: