

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF230034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss vom 3. Juli 2023

in Sachen

1. **A.** _____,

2. ...

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ausweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. Mai 2023 (ER230026)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2, sinngemäss)

1. Es sei den Gesuchsgegnern 1 und 2 unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihnen genutzte Wohnung inkl. Keller Nr. 1 in der Liegenschaft C.____-strasse ..., D.____, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
2. Das zuständige Stadtammannamt sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegner 1 und 2.

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) und E.____ sind Mieter einer 3-Zimmer-Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'549.– (act. 3/1). Am 23. Februar 2023 kündigte die Vermieterin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) das Mietverhältnis wegen Zahlungsrückstands auf den 31. März 2023 (act. 3/6) und machte am 12. April 2023 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (fortan Vorinstanz) das Ausweisungsverfahren mit den eingangs genannten Rechtsbegehren gegen die beiden Mietparteien anhängig (act. 1 inkl. Beilagen act. 3/1-13). Mit Verfügung vom 14. April 2023 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer und E.____ Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren an, verbunden mit dem Hinweis, dass im Säumnisfall aufgrund der Akten entschieden werde (act. 4). Die Verfügung konnte ihnen je am 17. April 2023 zugestellt werden (act. 5). Sie liessen sich nicht vernehmen. In der Folge hiess die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin mit Urteil vom 5. Mai 2023 gut und verpflichtete den Beschwerdeführer und E.____ zur unverzüglichen Räumung und ordnungs-

gemässer Übergabe der Wohnung, unter Androhung der Vollstreckung im Unterlassungsfall (act. 7 = act. 12).

2.1 Dagegen erhob Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ im Namen des Beschwerdeführers (vgl. act. 11 S. 1) mit Eingabe vom 26. Mai 2023 innert Frist Beschwerde bei der Kammer (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8 und act. 13-15) und stellte die folgenden Anträge (act. 11 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. Mai 2023 (Geschäfts-Nr. ER230026-K) sei aufzuheben und das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin vom 12. April 2023 abzuweisen;
2. Eventualiter sei dem Gesuchsgegner und seiner Ehefrau eine letztmalige Auszugsfrist bis Ende August 2023 zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) sowohl für das vorinstanzliche Verfahren als auch für das Berufungsverfahren zulasten der Gesuchstellerin."

2.2 Da für Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ keine Vollmacht des Beschwerdeführers vorlag, wurde Letzterem sowie Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ mit Verfügung der Kammer vom 1. Juni 2023 in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO Frist angesetzt, um dem Gericht eine Originalvollmacht einzureichen, unter Androhung, dass im Säumnisfall die Eingabe vom 26. Mai 2023 als nicht erfolgt gelte. Des Weiteren wurde die Prozessleitung delegiert (act. 16). Die Prozessvollmacht (act. 19) wurde innert Frist eingereicht (vgl. act. 17).

3. Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-8). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO) und auf das Einholen eines Kostenvorschusses (Art. 98 ZPO) umständehalber verzichtet. Das Verfahren ist spruchreif. Der Beschwerdegegnerin ist mit vorliegendem Entscheid eine Kopie von act. 11 zuzustellen.

II.

1. Aktenkundig und im Beschwerdeverfahren unbestritten (vgl. act. 7 S. 2 f. und act. 11 S. 3) ist folgender Sachverhalt: Der Beschwerdeführer und E. _____ mieteten von der Beschwerdegegnerin mit Mietvertrag vom 20. bzw.

27. Dezember 2022 eine 3-Zimmerwohnung im Erdgeschoss und den Keller Nr. 1 an der C. _____-strasse ... in D. _____ zu einem monatlichen Mietpreis von brutto Fr. 1'549.– (act. 3/1). Mit Einschreiben vom 12. Januar 2023 setzte die Beschwerdegegnerin den beiden Mietparteien je eine Frist von 30 Tagen zur Begleichung der ausstehenden Mietschulden von total Fr. 11'823.70 für die Zeit ab Juni 2022 (aus dem früheren Mietverhältnis zwischen den Parteien mit unverändertem Mietzins) bis Januar 2023 und drohte ihnen gleichzeitig die Kündigung bei Nichtbezahlung an (act. 1 S. 3 f., 6; act. 3/2-3). Mit Datum vom 23. Februar 2023 liess die Beschwerdegegnerin den beiden Mietparteien schliesslich den Mietvertrag je mittels offiziellen Formulars per 31. März 2023 unter Hinweis auf Art. 257d OR kündigen (act. 1 S. 4; act. 3/6-7).

2. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Zahlungsverzugskündigung im Sinn von Art. 257d OR kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 12 S. 3 f.). Diese erwog sodann zusammengefasst, gemäss unbestrittener Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin hätten sich der Beschwerdeführer und E. _____ zum Zeitpunkt der Kündigungsandrohung nach Art. 257d OR für Mietzinsen in der Höhe von Fr. 11'823.70 in Zahlungsverzug befunden. Die Kündigungsandrohungen nach Art. 257d OR seien den Mietparteien je eingeschrieben und je separat am 12. Januar 2023 zugesandt und je am 16. Januar 2023 zugestellt worden. Innert Frist (bis spätestens 15. Februar 2023) sei der rückständige Mietzins unbestrittenermassen nicht bezahlt worden, worauf am 23. Februar 2023 die Kündigung per 31. März 2023 ausgesprochen worden sei. Die Kündigungsschreiben seien den Mietparteien am 23. Februar 2023 unbestrittenermassen je eingeschrieben und je separat zugesandt und am 24. Februar 2023 ins Postfach avisiert worden zur Abholung am Schalter, womit die Kündigungen gemäss der absoluten Empfangstheorie seit dem 25. Februar 2023 als zugestellt gegolten hätten. Dass die endgültige Zustellung erst am 8. März 2023 erfolgt sei, sei unbeachtlich. Damit sei das Mietverhältnis gültig per 31. März 2023 aufgelöst worden. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin sei das Mietobjekt bislang nicht ordnungs-

gemäss zurückgegeben worden. Entsprechend sei ihr Ausweisungsanspruch ausgewiesen (act. 12 S. 4 f.).

3. Der Beschwerdeführer macht in der Rechtsmitteleingabe geltend, es liege eine treuwidrige Zahlungsverzugskündigung vor, weshalb das Ausweisungsbegehren abzuweisen sei. Unter diesen Umständen liege kein klarer Fall vor. Zur Begründung liess er vorbringen, das Mietverhältnis bestehe seit 2016, wobei im Dezember 2022 ein neuer Mietvertrag abgeschlossen worden sei. Der Beschwerdeführer habe unter diesen Umständen darauf vertraut, dass angesichts des langjährigen Mietverhältnisses keine Zahlungsverzugskündigung erfolgen werde. Es erscheine unfair, dass nur gerade mal zwei Monate nach Unterzeichnung des neuen Mietvertrags eine solche ergangen sei. Deshalb habe der Beschwerdeführer die Kündigung auch angefochten, welches Verfahren einstweilen bis zum Abschluss des vorliegenden Ausweisungsverfahrens sistiert worden sei (act. 11 S. 3). Eventualiter sei dem Beschwerdeführer und seiner Ehefrau eine Auszugsfrist bis Ende August 2023 einzuräumen. Es lägen humanitäre Gründe vor. So habe der Beschwerdeführer auf das Ausbleiben einer Zahlungsverzugskündigung vertraut, weshalb er sich nicht sogleich um eine neue Wohnung bemüht habe (act. 11 S. 4).

4.1 Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Das absolute Novenverbot gilt auch für die Partei, welche – wie hier der Beschwerdeführer – im vorinstanzlichen Verfahren säumig geblieben ist (vgl. OGerZH LF180101 vom 15. Februar 2019, E. III.3.1). Die Vorbringen und Anträge des Beschwerdeführers sind somit verspätet und haben unberücksichtigt zu bleiben. Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten.

4.2 Und selbst wenn man sie berücksichtigen wollte, könnte der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Aktenkundig und unbestritten ist, dass er bereits vor Abschluss des Mietvertrages vom 20. bzw. 27. Dezember 2022 aus dem vorausgehenden Mietvertragsverhältnis zwischen den Parteien mit der Mietzinszahlung in Verzug war, nämlich seit Juni 2022 (vgl. act. 1 S. 3 und act. 3/2-3). Auch nach Abschluss des vorerwähnten Mietvertrages mit

Mietbeginn am 1. Dezember 2022 und Fälligkeit des Mietzinses jeweils am 1. Tag des Monats (vgl. act. 3/1 S. 1 f.) geriet der Beschwerdeführer unbestritten mit der Zahlung des Mietzinses für die Monate Dezember 2022 und Januar 2023 in Verzug, weshalb ihm und seiner Ehefrau wie vorstehend dargelegt unter ausdrücklicher Androhung der Kündigung eine Zahlungsfrist zur Begleichung der Mietausstände u.a. für die Monate Dezember 2022 und Januar 2023 angesetzt wurde (vgl. act. 3/2-3). Allein aus dem Umstand, dass trotz vorbestehendem Zahlungsverzug im Dezember 2022 der vorerwähnte Mietvertrag abgeschlossen wurde – gemäss unbestrittener Darstellung der Beschwerdegegnerin sei das vorausgegangene Mietverhältnis wegen Zahlungsverzug gekündigt worden und habe sie sich auf Wunsch des Beschwerdeführers bereit erklärt, ab 1. Dezember 2022 ein neues Mietverhältnis einzugehen (vgl. act. 1 S. 3) –, bestand mitnichten ein berechtigtes Vertrauen des Beschwerdeführers darauf, er könne auch weiterhin die Mietzinsen unbezahlt lassen und werde vom Vermieter hierfür nicht rechtlich belangt werden. Eine treuwidrige Zahlungsverzugskündigung ist zu verneinen, der Vorwurf der Treuwidrigkeit fällt vielmehr auf ihn zurück. Gerade wenn bereits zuvor das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzug gekündigt worden war, konnte der Beschwerdeführer keinesfalls damit rechnen, dass das neue Mietverhältnis bei erneutem Zahlungsverzug nicht ebenfalls gekündigt würde. Der Ausweisungsbeehl wurde zu Recht erteilt. Die Beschwerde wäre somit, selbst wenn auf die neuen Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen werden könnte, abzuweisen.

5.1 Über das Gesuch um Mieterstreckung kann nicht entschieden werden, weil eine solche nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist; darüber wäre im Kündigungsschutzverfahren zu befinden. Auf das entsprechende Begehren ist daher nicht einzutreten. Bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist eine Erstreckung des Mietverhältnisses ohnehin ausgeschlossen (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Es bleibt folglich beim Entscheid der Vorinstanz.

5.2 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die Beschwerdegegnerin keine soziale Verpflichtung trifft, dem Beschwerdeführer weiterhin die Wohnung zur Verfügung zu stellen. Insbesondere ist keine Güterabwägung bezüglich der Auswirkungen der Kündigung auf den Mieter bzw. jener bei Aufrechterhaltung des

Mietverhältnisses auf den Vermieter vorzunehmen. Für eine allfällige Notwohnung wird sich der Beschwerdeführer an die zuständige Sozialbehörde seiner Wohngemeinde zu wenden haben.

III.

1. Mit der Vorinstanz ist von einem Streitwert von Fr. 9'294.– auszugehen (vgl. act. 12 S. 5 f.), die Entscheidungsbüher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 GebV OG auf Fr. 900.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Entschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt und der Beschwerdegegnerin nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erstreckung des Mietverhältnisses wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 900.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 11, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'294.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
4. Juli 2023