

# **ZH\_OBERGERICHT PF110064 vom 25. Januar 2012**

ZH Obergericht, 2012-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF110064](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF110064)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF110064 du 25 janvier 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT PF110064 del 25 gennaio 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchstellerin) vermietete dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) mit Mietvertrag vom 9./14. März 2004 eine Zweizimmerwohnung im Erdgeschoss rechts in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_str. ... in E.\_\_\_\_\_ (act. 2/1).

#### **E. 1.1**

Das vorliegende Verfahren steht unter der Herrschaft der Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, da der angefochtene Entscheid nach deren Inkrafttreten eröffnet wurde (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 1.2**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert Fr. 10'000.00 erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 lit. a ZPO). Der Streitwert des vorliegenden Ausweisungsverfahrens beträgt, wie in den Erwägungen zur Verfügung vom 24. November 2011 ausgeführt (act. 29 S. 2) rund Fr. 7'200.00, was 8 Bruttomietzinsen von Fr. 911.00 entspricht (ausgehend von einer auf 6 Monate zu schätzenden Verfahrensdauer und einer zusätzlichen Dauer von 2 Monaten, welche für die effektive Ausweisung auf dem Vollstreckungsweg einzuberechnen ist). Gestützt darauf ist die Berufungsfähigkeit des angefochtenen Urteils entgegen dem Gesuchsgegner (act. 25 S. 11) zu verneinen. Somit ist das vom Gesuchsgegner erhobene Rechtsmittel als Beschwerde entgegen zu nehmen. 2. Zur Sache:

### **E. 2**

Am 8. September 2011 stellte die Gesuchstellerin vor der Vorinstanz ein Ausweisungsbegehren gegen den Gesuchsgegner. Zur Begründung verwies sie auf den mit Einschreiben vom 27. Mai 2011 mitgeteilten Ausschluss des Gesuchsgegners aus der Gesuchstellerin als Wohnbaugenossenschaft sowie auf die am 24. Mai 2011 erfolgte Kündigung des Mietverhältnisses auf den 30. September 2011 (act. 2/2, vgl. act. 1 S. 3).

#### **E. 2.1**

Wie eingangs erwähnt, schlossen die Parteien anlässlich der Verhandlung vom 12. Oktober 2011 einen Vergleich.

- 6 -

#### **E. 2.2**

Strittig ist, ob der Gesuchsgegner in der Folge den Vergleich widerrief:

### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner habe in seinen Eingaben vom 17. Oktober 2011 sowie vom 29. und 30. Oktober 2011 klar zum Ausdruck gebracht, dass die geschlossene Vereinbarung nicht seinem freien Willen entspreche. Daher könne das Verfahren nicht auf Basis der vorliegenden Vereinbarung abgeschlossen werden (act. 24 S. 3). Der Gesuchsgegner bringt dagegen vor, er habe die Vereinbarung nicht widerrufen, sondern habe sie vielmehr schriftlich und unmissverständlich für nicht widerrufen erklärt (act. 25 S. 10).

### **E. 2.2.2**

Der Gesuchsgegner teilte der Vorinstanz mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 mit, er halte fest, dass er sich am 12. Oktober 2011 genötigt gesehen habe, die Vereinbarung vom 12. Oktober 2011 zu unterzeichnen. Er sehe sich aber gegen seinen freien Willen nicht in der Lage, die Vereinbarung fristgerecht zu widerrufen (act. 15, insb. S. 2 unten). Nach Ansicht der Vorinstanz war danach nicht klar, ob der Gesuchsgegner die Vereinbarung tatsächlich widerrufen wollte oder nicht. Daher forderte die Vorinstanz den Gesuchsgegner mit Verfügung vom 18. Oktober 2011 auf, innert dreier Tagen ab Zustellung der Verfügung schriftlich und unmissverständlich zu erklären, ob die Eingabe vom 17. Oktober 2011 als Widerruf der anlässlich der Verhandlung vom 12. Oktober 2011 geschlossenen Vereinbarung zu betrachten sei (act. 16). Die Verfügung wurde dem Gesuchsgegner am 27. Oktober 2011 zugestellt (act. 17). Die vorinstanzliche Einschätzung erscheint zutreffend, entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin, welche bereits die Eingabe vom 17. Oktober 2011 als Widerruf der Vereinbarung verstehen will (act. 37 S. 3). Das Vorgehen der Vorinstanz mit der Fristansetzung verdient daher Zustimmung (was auch die Gesuchstellerin letztlich nicht anders sieht, act. 37 S. 3).

### **E. 2.2.3**

Der Gesuchsgegner reichte darauf innert Frist zwei Eingaben vom 29. bzw. 30. Oktober 2011 zu den Akten (act. 18, 20). Beide enthalten erneute Kund-

- 7 - gebungen darüber, dass sich der Gesuchsgegner anlässlich der Verhandlung vom 12. Oktober 2011 unter Druck gesetzt und genötigt fühlte, und weitere Kritik an der Vorinstanz, unter anderem auch mit Blick auf die Protokollierung der Verhandlung vom 12. Oktober 2011. In der Eingabe vom 30. Oktober 2011 (act. 20) erklärte der Gesuchsgegner zudem "schriftlich und unmissverständlich zum dritten Mal", dass seine Eingabe vom 17. Oktober 2011 nicht als Widerruf der Vereinbarung vom 12. Oktober 2011 zu verstehen sei. Zur Begründung folgt weitere Kritik an der Vorinstanz sowie der Hinweis, dass die Vereinbarung angesichts der drohenden Obdachlosigkeit als kleineres Übel erschienen sei, obwohl in den wenigen Monaten, welche ihm die Vereinbarung zuerkenne, ein erschwingliches Mietobjekt angesichts seiner persönlichen Situation kaum gefunden werden könne.

### **E. 2.2.4**

Der Gesuchsgegner hat mithin nach dem Vergleichsschluss wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die Vereinbarung nicht seinem freien Willen entsprochen habe, sondern dass er sich genötigt gesehen habe, die Vereinbarung zu unterzeichnen (act. 15 S. 1 unten, act. 18 Ziff. 1, act. 20). Offenkundig entsprach die Vereinbarung vom 12. Oktober 2011 damit nicht dem, was der Gesuchsgegner gerne als Entscheidung zugesprochen erhalten hätte. Dies liegt indes in der Natur eines Vergleiches, da darin regelmässig beide Parteien ein

Stück weit von ihrer Position abrücken müssen. Die Grundidee eines Vergleiches ist, dass die Parteien unter beidseitigem teilweise Verzicht auf das Gewollte ihren Streit hinter sich lassen. Dass der Gesuchsgegner nach dem Vergleichsschluss in schriftlichen Eingaben an die Vorinstanz seinen Unmut über den nicht seinen Wünschen entsprechenden Vergleich äusserte, ist ihm nicht zum Vorwurf zu machen. Entscheidend ist, dass der Gesuchsgegner in der Eingabe vom 30. Oktober 2011 auch ausdrücklich erklärte, sein "Nachtrag" vom 17. Oktober 2011 sei nicht als Widerruf der Vereinbarung vom 12. Oktober 2011 zu betrachten (act. 20; vgl. auch act. 25 S. 10). Dies ist massgeblich. Auch die in den Eingaben enthaltenen Weitschweifigkeiten können danach nach Treu und Glauben nicht zur Folge haben, dass

- 8 - entgegen der klaren Willensäusserung von einem Widerruf der Vereinbarung ausgegangen wird. Die dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 18. Oktober 2011 androhte Säumnisfolge bei unterbliebener Klärung (Annahme eines Widerrufs, vgl. act. 16 S. 2) ist dem Gesuchsgegner daher entgegen der Gesuchstellerin (act. 37 S. 3 f.) nicht entgegen zu halten.

#### **E. 2.2.5**

Die Vorinstanz ist damit zu Unrecht von einem Widerruf der Vereinbarung ausgegangen.

#### **E. 2.3**

Dass der Beschwerdegegner offenbar bereits am 14. November 2011 einen neuen Mietvertrag für eine neue Wohnung unterzeichnete, und dass er am 31. Dezember 2011 aus der prozessgegenständlichen Wohnung an der D. \_\_\_\_\_ - strasse ..., E. \_\_\_\_\_, auszog (act. 37 S. 4, vgl. auch act. 27/2 S. 2), ist danach nicht entscheidend. Die Erledigung durch Vergleich hätte gegenüber dem angefochtenen Entscheid zu geringeren Gerichtskosten geführt (vgl. § 10 Abs. 1 GebV OG), was die Vorinstanz im vorgeschlagenen Vergleichstext auch in Aussicht stellte, mit dem Hinweis, die Kosten würden Fr. 500.00 betragen (act. 14). Ein bindender Vergleich über die Kostenhöhe ist zwar nicht zulässig, da die Gerichtsgebühr auch bei Erledigung durch Vergleich nach den gesetzlichen Vorschriften festzusetzen ist. Die Erwähnung der Kostenhöhe im Vergleich kann daher nur als Prognose verstanden werden, die indes der erwähnten Bestimmung der GebV OG entspricht. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin im Vergleich vom 12. Oktober 2011 auf Parteientschädigung verzichtete (vgl. vorne I./3.). Der Gesuchsgegner hat daher entgegen der Gesuchstellerin (act. 37 S. 4) auch nach dem bereits erfolgten Umzug noch ein schützenswertes Interesse an der korrekten Erledigung des vorinstanzlichen Verfahrens.

#### **E. 2.4**

Daher ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Da die Sache spruchreif ist, kann ein neuer Entscheid ergehen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO) und

- 9 - ist das erstinstanzliche Verfahren in Gutheissung der Beschwerde als durch Vergleich vom 12. Oktober 2011 erledigt abzuschreiben.

#### **E. 2.5**

Da der Gesuchsgegner mit seiner Beschwerde auch auf das seiner Ansicht nach fehlerhafte Protokoll der Vorinstanz verwies (act. 25 S. 7), ist festzuhalten, dass ein Protokollberichtigungsbegehren vor der Vorinstanz zu stellen wäre (Art. 235 Abs. 3 ZPO). Vorliegend ist indes nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner ein schützenswertes Interesse an der Stellung eines solchen Begehrens hätte. Seiner Ansicht nach wurde "für

die Entscheidungsfindung Wesentliches" nicht protokolliert (act. 18). Weil der Gesuchsgegner erfolgreich an der Erledigung des Verfahrens durch Vergleich festhält, wird eine materielle Entscheidungsfindung nicht mehr erfolgen. Auf die Frage der Protokollberichtigung ist daher nicht einzugehen. III. 1. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren richtet sich nach § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG, ausgehend vom vorerwähnten Streitwert von Fr. 7'200.00 (vgl. vorne II./1.2). 2. Für eine Verpflichtung der Gesuchstellerin, dem Gesuchsgegner eine Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zu bezahlen, gibt es keine Veranlassung. Einen Verdienstausschlag, der als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung in erster Linie in Frage käme (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 41), hat der Gesuchsgegner nicht geltend gemacht. 3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens sind vereinbarungsgemäss zu regeln. 4. Der Gesuchsgegner stellte sowohl vor Vorinstanz als auch im Beschwerdeverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 11 S. 12, act. 25 S. 12).

- 10 -

### **E. 3**

Der Gesuchsgegner ist verpflichtet, der Gesuchstellerin für das effektive Verbleiben in der Wohnung ein dem Mietzins entsprechendes Entgelt zu bezahlen.

### **E. 4**

Der Gesuchsgegner ist damit einverstanden, dass der Gesuchstellerin per 2. April 2012, 12.00 Uhr, ein Ausweisungsbefehl erteilt wird.

- 3 -

### **E. 4.1**

Was die Erfolgsaussichten des Standpunkts des Gesuchsgegners im Ausweisungsverfahren angeht, ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (act. 26 S. 4 ff.): Eine allfällige Nichtigkeit der Kündigung per 30. September 2011 wurde nicht geltend gemacht und ist nicht ersichtlich (act. 26 S. 3), und was die geltend gemachten Anfechtungsgründe angeht, hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass der Gesuchsgegner die Kündigung am 31. Mai 2011 hätte auf der Poststelle E.\_\_\_\_\_ abholen können und dass die Kündigung daher an diesem Zeitpunkt, unabhängig vom allfälligen späteren Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme, als zugestellt gilt (uneingeschränkte Empfangstheorie, vgl. BGer in mp 2011 S. 115). Ab dann lief daher die 30tägige Frist zur Anfechtung der Kündigung (Art. 273 Abs. 1 OR). Die Anfechtung vom 19. August 2011 (act. 2/4) erfolgte demzufolge verspätet. Für die Geltendmachung von Erstreckungsgründen gilt nichts anderes, da auch diese Frist 30 Tage nach der Zustellung der Kündigung (nach uneingeschränkter Empfangstheorie) verstrich (Art. 273 Abs. 2 lit. a OR; vgl. act. 26 S. 4 f.). Schliesslich hat der Gesuchsgegner auch ein allfälliges Begehren um Wiederherstellung der Frist nach Art. 148 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig (innert 10 Tagen seit dem Wegfall des Säumnisgrundes) gestellt (vgl. act. 26 S. 5). Vor diesem Hintergrund wäre das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin klarerweise gutzuheissen gewesen. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren ist daher infolge Ausichtslosigkeit der vertretenen Position im Verfahren (vgl. Art. 117 lit. b ZPO) abzuweisen.

#### **E. 4.2**

Vor zweiter Instanz ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in- folge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, da dem Gesuchsgegner keine Kosten auferlegt werden. Was die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes angeht, ist fest- zuhalten, dass der Gesuchsgegner durchaus rechtskundig erscheint und dass er

- 11 - in der Lage war, das Beschwerdeverfahren erfolgreich selber zu führen. Bereits daher ist das Gesuch abzuweisen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass eine mittellose Partei, die der Mei- nung ist, sie bedürfe anwaltlicher Vertretung, grundsätzlich selber einen Anwalt beizuziehen hat, der sodann das Gesuch um Bestellung als unentgeltlicher Rechtsbeistand stellt. Unter dem Vorbehalt des (hier nicht gegebenen) Falles, in welchem eine Partei offensichtlich nicht zur selbständigen Führung des Prozes- ses in der Lage ist (Art. 69 ZPO), ist es nicht am Gericht, den (unentgeltlichen) Rechtsvertreter zu beauftragen (und auch im erwähnten Ausnahmefall bestellt erst dann das Gericht die Vertretung, wenn die Partei auf Fristansetzung hin nicht selber eine Vertreterin oder einen Vertreter beauftragt, vgl. Art. 69 ZPO). Eine all- gemeine Pflicht der Gerichte, einer Prozesspartei auf Antrag hin einen Anwalt zu bestellen, besteht nicht (BGer 5A\_255/2010 E. 2.2). Es wird beschlossen:

#### **E. 5**

Der Gesuchsgegner trägt die Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 500.00.

#### **E. 6**

Die Parteien verzichten gegenseitig auf Entschädigung.

#### **E. 7**

Mit Verfügung vom 30. Dezember 2011 wurde die Gesuchstellerin auf- gefordert, die Beschwerde zu beantworten (act. 31). Die Verfügung wurde der Gesuchstellerin am 3. Januar 2012 zugestellt (act. 32).

#### **E. 8**

Mit Fax vom 11. Januar 2012 wurden der Gesuchstellerin wunschge- mäss Kopien von act. 18 und 20 per Fax zugestellt (act. 36). Gleichentags erklär- te die Präsidentin dem Vertreter der Gesuchstellerin per E-Mail, dass das Frister- streckungsgesuch vom 9. Januar 2012, beim Gericht eingegangen am 11. Januar 2012 (act. 33), nicht gutgeheissen werden könne, weil es sich bei der Beschwer- deantwortfrist um eine gesetzliche und damit nicht erstreckbare Frist handle (act. 34).

#### **E. 9**

Mit Eingabe vom 12. Januar 2012 erstattete die Gesuchstellerin recht- zeitig die Beschwerdeantwort. Darin wird beantragt, die Beschwerde sei abzuwei- sen, eventualiter sei darauf nicht einzutreten, unter Kosten- und Entschädigungs- folgen zu Lasten des Gesuchsgegners (act. 37 S. 1).

#### **E. 10**

Am 16. Januar 2012 wies die Gesuchstellerin auf einen Schreibfehler in der Beschwerdeantwort hin (act. 40). Darauf ist mangels Einhaltung der Frist

- 5 - zur Beschwerdeantwort grundsätzlich zwar nicht einzugehen, aber offensichtliche Schreibfehler sind einer Partei ohnehin nach Treu und Glauben nicht entgegen zu halten

(Art. 52 ZPO; vgl. auch ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 38).

**E. 11**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Prozessuale Vorbemerkungen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.