

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF230065-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss vom 13. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 4. September 2023 (ER230152)**

Erwägungen:

1. Die Berufungsklägerin mietete vom Berufungsbeklagten mit einem auf drei Jahre bis am 30. Juni 2025 befristeten Untermietvertrag vom 1. Juli 2022 ab dem selben Datum einen getrennten Raum rechts im Geschäftslokal der C._____ Schneiderei im 1. Obergeschoss an der D._____ -strasse 1 in Zürich zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 2'500.– (act. 2/1). Mit Einschreiben vom 18. April 2023 mahnte der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin für ausstehende Mietzinszahlungen der Monate Dezember 2022 sowie Februar, März und April 2023 von gesamt Fr. 6'700.–, und er setzte ihr eine Frist zur Zahlung unter der Androhung der ausserordentlichen Kündigung an (act. 2/3 f.). Am 27. Juni 2023 kündigte der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin das Untermietverhältnis unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 31. Juli 2023 ausserordentlich infolge Zahlungsverzugs. Die Kündigung wurde der Berufungsklägerin am 28. Juni 2023 persönlich übergeben, was diese quittierte (act. 2/5). Die Berufungsklägerin hat das Mietobjekt bis heute nicht an den Berufungsbeklagten übergeben.

2.1 Mit Gesuch vom 15. August 2023 verlangte der Berufungsbeklagte beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) die Ausweisung der Berufungsklägerin gestützt auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt (Rechtsschutz in klaren Fällen) (act. 1 sowie Beilagen act. 2/1–5). Mit Verfügung vom 16. August 2023 wurde der Berufungsklägerin daraufhin Frist zur Stellungnahme angesetzt. Die Berufungsklägerin liess sich in der Folge nicht vernehmen (act. 4 f.).

2.2 Mit Urteil vom 4. September 2023 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungsklägerin, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen. Das Stadtammann-/Gemeindeammannamt Kreis ... wurde angewiesen, die Ausweisung auf Verlangen des Berufungsbeklagten zu vollstrecken ([act. 7 =] act. 12). Dieser Entscheid wurde am 7. September 2023 zuhanden der Berufungsklägerin einem "E._____, Beziehung: Bevollmächtigter" zugestellt (act. 8b). Da die Vorinstanz davon ausging, die Zustellung an die Berufungsklägerin sei nicht korrekt erfolgt, sandte sie den Entscheid nochmals

zum eigenhändigen Empfang an die Berufungsklägerin (act. 9). Die Berufungsklägerin nahm den Entscheid innert der Abholfrist nicht entgegen (act. 18).

3.1 Mit Eingabe vom 14. September 2023 (Datum Poststempel) gelangte die Berufungsklägerin an die Kammer und erklärte sinngemäss, Berufung zu erheben. Zudem erklärte sie, über den vorinstanzlichen Entscheid erst am 10. September 2023 informiert worden zu sein, weshalb sie um eine Erstreckung der Berufungsfrist um drei Tage bitte (act. 11).

3.2 Mit Schreiben vom 15. September 2023 informierte die Kammer die Berufungsklägerin darüber, dass eine Erstreckung der Berufungsfrist nicht möglich sei, indes der angefochtene Entscheid als noch nicht zugestellt gelte und ihr die zehntägige Berufungsfrist erst ab Empfangsdatum laufe. Bis zum Ablauf der Berufungsfrist könne sie die Berufung noch ergänzen (act. 14). Am 9. Oktober 2023 überbrachte die Berufungsklägerin der Kammer eine weitere, vom 6. Oktober 2023 datierende Eingabe samt Beilagen (act. 16 u. Beilagen act. 17).

3.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–9). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

4.1 Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Vorinstanz hat den Streitwert ihres Verfahrens nach Massgabe der Bruttomietzinse für eine Verfahrensdauer von sechs Monaten bis zur effektiven Ausweisung berechnet. Das ergab auf Basis des im Mietvertrag vereinbarten monatlichen Bruttomietzinses von Fr. 2'500.– ein Total von Fr. 15'000.– (act. 12 E. 4.2 u.H.a. act. 2/1). Dem ist zu folgen. Der erforderliche Streitwert für die Berufung ist erreicht.

4.2 Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. 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 das Obergericht entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet resp. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen.

Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO).

4.3 Vorliegend ergibt sich zur Rechtsmittelfrist und der Rechtzeitigkeit der von der Berufungsklägerin eingereichten Eingaben, was folgt: Massgebend für den Lauf der Berufungsfrist ist das Datum der Zustellung des vorinstanzlichen Entscheides an die Berufungsklägerin. Die Verfügung der Vorinstanz betreffend Fristansetzung zur Stellungnahme wurde der Berufungsklägerin am 18. August 2023 zugestellt (act. 5b), womit ein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde und die Berufungsklägerin mit weiteren Zustellungen rechnen musste.

Der vorinstanzliche Entscheid vom 4. September 2023 wurde der Berufungsklägerin am 14. September 2023 zur Abholung gemeldet und lag bis am 21. September 2023 zur Abholung bereit, wurde von ihr aber nicht entgegengenommen (act. 18). In Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, welche nicht abgeholt wurde, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, wenn die Person mit einer Zustellung rechnen musste (sog. Zustellfiktion). Da vorliegend wie gezeigt ein Prozessrechtsverhältnis bestand, gilt der vorinstanzliche Entscheid als am 21. September 2023 zugestellt. Die zehntägige Frist für die Berufung lief der Berufungsklägerin damit am 2. Oktober 2023 ab. Entsprechend ist die Eingabe der Berufungsklägerin vom 14. September 2023 (act. 11) als rechtzeitig entgegenzunehmen. Die

Eingabe vom 6. Oktober 2023, überbracht am 9. Oktober 2023 (act. 16), ist hingegen verspätet und hier nicht beachtlich.

5.1.1 Die Vorinstanz hiess das Ausweisungsbegehren wie gezeigt gut. Sie erwog, der vom Berufungsbeklagten behauptete Sachverhalt, wonach er das Mietverhältnis infolge Zahlungsverzugs gekündigt habe, sei von der Berufungsklägerin unbestritten geblieben. Zudem habe der Berufungsbeklagte mit Kündigungsandrohung und Kündigung die gesetzlichen Formen und Fristen eingehalten, und das Mietverhältnis sei gültig per 31. Juli 2023 aufgelöst worden. Demnach befinde sich die Berufungsklägerin nunmehr ohne Rechtsgrund im Mietobjekt (act. 17 E. 2).

5.1.2 Die Berufungsklägerin führt dagegen vor der Kammer aus, entgegen dem Berufungsbeklagten keine Schulden bei diesem zu haben. So decke das einbezahlte Mietzinsdepot in Höhe von Fr. 15'000.– die Miete bis Ende Monat September 2023 (act. 11).

5.2 Zu diesen Behauptungen der Berufungsklägerin ist festzuhalten, dass es sich um im Berufungsverfahren erstmals vorgetragene Tatsachen handelt. Solche sog. Noven sind nur unter den in E. 4.2 genannten Voraussetzungen beachtlich. Die Berufungsklägerin tut indes mit keinem Wort dar, inwiefern es ihr trotz gebührender Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz möglich gewesen wäre, den Umstand des angeblichen Mietzinsdepots und dass sie damit die Mietzinse als bezahlt erachte, geltend zu machen. Entsprechend braucht auf dieses Vorbringen nicht eingegangen zu werden. Da die Berufungsklägerin neben diesen Vorbringen nichts dazu vorträgt, inwiefern der Vorinstanz eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung oder Rechtsanwendung vorzuwerfen wäre, ist auf die Berufung nicht einzutreten.

5.3 Festzuhalten ist zu den Vorbringen der Berufungsklägerin immerhin dies: Art. 257e OR befasst sich mit der Sicherheitsleistung des Mieters in der Form von Geld oder Wertpapieren. Sinn und Zweck ist es, das Bedürfnis des Vermieters nach Sicherheit für Störungen in der Vertragsabwicklung, z.B. das Ausbleiben der Mietzinszahlungen oder die Beschädigung der Mietsache, zu befriedigen (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N 5; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020,

Art. 257e N 1). Art. 257e Abs. 1 OR schreibt absolut zwingend vor, dass der Vermieter die Pflicht hat, die ihm in Form von Geld oder Wertpapieren geleistete Sicherheit aus seinem eigenen Vermögen auszuscheiden und auf einem auf den Namen des Mieters lautenden Sparkonto oder Depot zu hinterlegen. Auf eine solcherart hinterlegte Kautio n können Mieter wie Vermieter grundsätzlich nur im gegenseitigen Einverständnis oder aufgrund eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls oder Gerichtsurteils Rückgriff nehmen (Abs. 3).

Dass die Berufungsklägerin – welche geltend macht, eine Sicherheitsleistung in Form von Geld geleistet zu haben – gegenüber dem Berufungsbeklagten ihr Einverständnis gegeben hätte bzw. das gegenseitige Einverständnis der Parteien vorgelegen hätte, das Mietzinsdepot für die ausstehenden Mietzinse heranzuziehen, behauptet die Berufungsklägerin in der Eingabe vom 14. September 2023 nicht. Deshalb verfängt ihre Argumentation nicht. Entsprechend könnte dem Standpunkt der Berufungsklägerin, selbst wenn er zu berücksichtigen wäre, kein Erfolg beschieden sein.

6.1 Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen. Zudem wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2 Grundlage der Gebührenfestsetzung im Rechtsmittelverfahren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwertes (E. 4.1) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1–3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen.

6.3. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen; der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Berufungsbeklagten nicht, weil er sich im Rechtsmittelverfahren nicht äussern musste und ihm daher keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 11, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am:
13. Oktober 2023