

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 29. November 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ und / oder Rechtsanwältin MLaw
Y2. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes
Zürich vom 29. August 2024 (ER240097)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihr gemietete und bewohnte 3.5-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft C.____-strasse 1, ... Zürich, inklusive Kellerraum und Räume zur Mitbenützung, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und der Klägerin zu übergeben.
2. Das zuständige Stadttammannamt Zürich 8 sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, die von ihr gemietete und bewohnte 3.5-Zimmer-Wohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft C.____-strasse 1, ... Zürich, inklusive Kellerraum und Räume zu Mitbenützung, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
2. Das Stadttammannamt Zürich 8 wird angewiesen, Dispositiv-Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'100.– wird der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen. Im Mehrbetrag ist der geleistete Kostenvorschuss der Gesuchstellerin zurückzuerstatten, wobei das Verrechnungsrecht des Staates vorbehalten bleibt.

4. Die Gesuchsgegnerin wird verurteilt, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'730.– zu bezahlen.

5./6. (Mitteilung / Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (act. 18 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29.08.2024, Geschäfts-Nr. ER240097-L/U, betreffend der Ausweisung von A. _____ aus der Wohnung an der C. _____-strasse 1, ... Zürich sei aufzuheben und das Gesuch auf Ausweisung abzuweisen.
2. Der Berufungsklägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. Mwst.)."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 26 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei demgemäss das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 29. August 2024 (ER240097-L) zu bestätigen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin/Berufungsklägerin.
Eventualiter seien die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) schloss mit D. _____ am 27. September 1990 einen Mietvertrag über die 3.5-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft C. _____-strasse 1 in ... Zürich (vgl. act. 4/1). Seit 2013 ist die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagte) Alleineigentümerin dieser Liegenschaft (vgl. act. 4/3 und 4/4). Mit Schreiben vom 12. März 2024 (act. 4/6) mahnte die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin für ausstehende Mietzinszahlungen und

setzte ihr eine dreissigtägige Frist zur Begleichung der Ausstände an, mit der Androhung, dass bei deren unbenutztem Ablauf das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt werde. Innert Frist (vgl. act. 4/7) beglich die Berufungsklägerin die ausstehenden Mietzinse nicht. Nach unbenutztem Fristablauf kündigte die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin am 22. April 2024 unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. Mai 2024 (act. 4/8). Die Kündigung wurde der Berufungsklägerin am 23. April 2024 zur Abholung gemeldet (act. 4/9).

1.2 Mit Eingabe vom 18. Juni 2024 (act. 1) ersuchte die Berufungsbeklagte das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) wie eingangs im Rechtsbegehren wiedergegeben um Ausweisung der Berufungsklägerin aus dem erwähnten Mietobjekt. Nachdem die Vorinstanz der Berufungsklägerin die Verfügung vom 19. Juni 2024, in welcher sie der Berufungsklägerin Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch ansetzte, durch das zuständige Stadtammannamt Zürich 8 (nachfolgend: Stadtammannamt) nicht zustellen konnte (vgl. act. 9), eröffnete sie ihr diese Verfügung am 15. Juli 2024 durch Publikation im kantonalen Amtsblatt (vgl. act. 12).

1.3 Mit Urteil vom 29. August 2024 (act. 13 = act. 17 [Aktenexemplar]) verpflichtete die Vorinstanz die Berufungsklägerin, die von ihr gemietete und bewohnte 3.5-Zimmer-Wohnung im 2. Obergeschoss der Liegenschaft C.____-strasse 1, ... Zürich, inklusive Kellerraum und Räume zu Mitbenützung, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und der Berufungsbeklagten zu übergeben (a.a.O. Dispositiv-Ziffer 1). Die Vorinstanz wies das Stadtammannamt Zürich 8 an, Dispositiv-Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken (vgl. a.a.O. Dispositiv-Ziffer 2). Weiter regelte die Vorinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. a.a.O. Dispositiv-Ziffern 3 und 4).

Dieses Urteil konnte der Berufungsklägerin per Gerichtsurkunde am 9. September 2024 am Schalter zugestellt werden (vgl. act. 14b).

1.4 Dagegen erhebt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 19. September 2024 (act. 18) fristgerecht (vgl. act. 14b i.V.m. act. 18 S. 1) Berufung und stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. act. 21/1-3).

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 1-15). Mit Verfügung vom 30. September 2024 (act. 24) wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2024 (act. 26) erstattete die Berufungsbeklagte diese fristgerecht (vgl. act. 25). Mit Eingabe vom 23. Oktober 2024 (act. 28) teilte Rechtsanwalt X. _____ die geänderte Kanzleianschrift mit und reichte eine entsprechend neu gefasste Vollmacht ein (vgl. act. 29). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1 Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten – wie einer Ausweisung (vgl. etwa BGer 5D_126/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 1.1) – ist jedoch die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Mit der Vorinstanz (act. 5 E. 1) ist aufgrund der Bruttomonatsmiete von Fr. 3'082.– (vgl. act. 1 Rz. 5 i.V.m. act. 4/1-2) von einem Streitwert von Fr. 18'492.– auszugehen (vgl. BGE 144 III 346 E. 1.2.1 f.). Die Berufung ist daher zulässig.

2.2 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zwar nennt das Gesetz einzig die Begründung. Diese dient aber gerade der Erläuterung der Begehren und setzt diese damit voraus. Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten (vgl. statt vieler: BGE 137 III 617 E. 4.2.2; BGer 5A_342/2022 vom 26. Oktober 2022 E. 2.1.1; OGer ZH PF240035 vom 17. Juli 2024 E. 3; PF130050 vom 25. Oktober 2013 E. II./2.1; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 33 ff.).

2.3 Mit Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt damit über volle Kognition. Sie hat sich jedoch grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 147 III 176 E. 4.2.1; 142 III 413 E. 2.2.4). Inhaltlich ist sie dabei weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO, BGE 147 III 176 E. 4.2.1).

2.4 Neue Behauptungen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Nach Praxis der Kammer können trotz dieser Novenbeschränkung ausnahmsweise neue Vorbringen einer Partei berücksichtigt werden, wenn ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde (vgl. etwa OGer ZH LF240037 vom 22. Mai 2024 E. 2.2 und OGer ZH LF210004 vom 29. Juni 2021 E. 4.2.5 je m.w.H.). Die Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass die Voraussetzungen vorliegen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; 143 III 42 E. 4.1).

Ob die vom Berufungsbeklagten vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen und neuen Beweismittel (vgl. insb. act. 26 Rz. 12-20 und act. 27/1-2) im Berufungsverfahren zuzulassen sind, kann offen bleiben. Denn selbst wenn diese berücksichtigt würden, würde dies – wie nachfolgend darzulegen sein wird – am Verfahrensausgang nichts ändern.

2.5 Vorinstanz und Parteivorbringen

2.5.1 Die Vorinstanz eröffnete der Berufungsklägerin die Verfügung vom 19. Juni 2024 durch Publikation im kantonalen Amtsblatt, weil diese der Berufungsklägerin durch das Stadtmannamt trotz mehreren Versuchen nicht habe zugestellt werden können. Als Rechtsgrundlage für diesen Entscheid gab die Vorinstanz Art. 141 Abs. 1 lit. a und b ZPO an (vgl. act. 17 E. 1 und E. 2.2).

2.5.2 Die Berufungsklägerin beanstandet in prozessualer Hinsicht, mangels Kenntnis vom Ausweisungsverfahren keine Möglichkeit gehabt zu haben, daran teilzunehmen. Sie bringt im Wesentlichen vor, das verfahrenseinleitende Schriftstück sei ihr nicht zugestellt worden. Es sei weder eine Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung erfolgt noch eine Zustellung durch Angehörige des Gerichts, durch den Stadtmann oder die Polizei. Es sei lediglich eine Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 15. Juli 2024 erfolgt (act. 18 Rz. 5, 7, 12). Mit Zustellung des angefochtenen Urteils habe sie erstmals vom Verfahren erfahren (a.a.O. Rz. 10). Da kein Prozessrechtsverhältnis bestanden habe, habe auch die Zustellfiktion nicht greifen können. Auch habe sie die Zustellung nicht verweigert (a.a.O. Rz. 14). Das Urteil sei deshalb nichtig (a.a.O. Rz. 15).

2.5.3 Die Berufungsbeklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, die Berufungsklägerin habe mit gerichtlichen Zustellungen im Ausweisungsverfahren rechnen müssen. Sie resp. ihre Rechtsvertretung habe Rechtsanwalt X._____ mit E-Mail vom 28. Mai 2024 (act. 27/2 S. 2) die Einleitung des Ausweisungsverfahrens angekündigt für den Fall, dass keine Lösung mit einer Auszugsfrist gefunden werde. Die Berufungsklägerin müsse sich das Wissen von Rechtsanwalt X._____ anrechnen lassen, weil ein Vertretungsverhältnis bestanden habe. Rechtsanwalt X._____ sei sowohl gegenüber der Liegenschaftsverwaltung, dem Stadtmannamt, den Sozialdiensten als auch ihr gegenüber als Vertreter der Berufungsklägerin aufgetreten. Die Berufungsklägerin habe ihre "Mitwirkungsobliegenheit" verletzt, indem sie weder ihren Briefkasten geleert noch auf die wiederholten Kontaktaufnahmen des Stadtmannamts oder auf die Publikation im Amtsblatt reagiert habe. Sie könne sich daher nicht auf angebliche Mängel dieser Zustellung berufen. Die Voraussetzungen für eine amtliche Publikation gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO seien gegeben (vgl. insb. act. 26 Rz. 17 i.V.m. Rz. 24 i.V.m. Rz. 36 i.V.m. act. 27/1 und act. 27/2). Zudem macht die Berufungsbeklagte geltend, die Berufungsklägerin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten (vgl. insb. act. 26 Rz. 26, 31, 38).

2.6 Würdigung

2.6.1 Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden wie Verfügungen und Entschiede (vgl. Art. 136 lit. b ZPO) gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH).

Es ist unbestritten, dass die Verfügung vom 19. Juni 2024 der Berufungsklägerin nicht *tatsächlich* zugestellt werden konnte. Zu prüfen bleibt, ob die Verfügung vom 19. Juni 2024 der Berufungsklägerin nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO (vgl. sogleich E. 2.6.2) oder nach Art. 141 Abs. 2 ZPO (vgl. unten E. 2.6.3) als zugestellt *gilt*.

2.6.2 Stellt die Behörde eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Geltung der Zustellfiktion setzt nach der Rechtsprechung ein Prozessrechtsverhältnis voraus. Das Prozessrechtsverhältnis entsteht gegenüber der klagenden Partei, wenn sie ein Verfahren rechtshängig macht (Art. 62 Abs. 1 ZPO), und gegenüber der beklagten Partei, wenn sie vom gegen sie angehobenen Verfahren offiziell, durch behördliche Zustellung, Kenntnis erlangt hat. Erst das Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, das heisst unter anderem (vgl. BGE 146 IV 30 E. 1.1.2 m.w.H.) dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können (vgl. statt vieler: BGE 138 III 225 E. 3.1; 130 III 396 E. 1.2.3; BGer 2C_298/2015 vom 26. April 2017 E. 3.2; OGer ZH PF180004 vom 8. Februar 2018 E. 4.3.2 m.w.H. = ZR 117/2018 Nr. 30 S. 121 ff.).

2.6.2.1 Die Berufungsbeklagte macht zu Recht nicht geltend, die Berufungsklägerin habe wegen eines bestehenden *Prozessrechtsverhältnisses* mit Zustellun-

gen rechnen müssen. Denn die Verfügung vom 19. Juni 2024 wurde der Berufungsklägerin weder als eingeschriebene Postsendung geschickt noch wurde ihr eine Abholeinladung in den Briefkasten gelegt, um die Sendung abzuholen. Die Berufungsbeklagte macht vielmehr geltend, die Berufungsklägerin habe aufgrund der in der Berufungsantwort behaupteten Umstände mit der *Einleitung* eines Ausweisungsverfahrens rechnen müssen. Selbst wenn dem so wäre, würde dies nach der Rechtsprechung aus Rechtssicherheitsüberlegungen jedenfalls nicht genügen, um ein Prozessrechtsverhältnis zu begründen (vgl. OGer ZH PF180004 vom 8. Februar 2018 E. 4.3.2 m.w.H.). Folglich könnte die Berufungsbeklagte insbesondere aus der E-Mail des Stadtmannamts an Rechtsanwalt X. _____ vom 1. Juli 2024, deren Edition sie verlangt, auch nichts Gegenteiliges ableiten. Das entsprechende Editionsbegehren (act. 26 Rz. 24) ist demnach abzuweisen.

2.6.2.2 Nach dem Gesagten gilt die Verfügung vom 19. Juni 2024 der Berufungsklägerin gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO *nicht* als zugestellt.

2.6.3 Die Wahl der ordentlichen Zustellungsart liegt zwar im Ermessen des Gerichts. Die Zustellung per Publikation (sog. Ediktalzustellung oder öffentliche Bekanntmachung) darf aber nur dann erfolgen, wenn die anderen Zustellungsformen nach Art. 137 ff. ZPO nicht möglich sind; sie ist somit das letzte Mittel. Erfolgt eine Publikation, obschon die Voraussetzungen dafür nicht vorhanden sind – insbesondere eine andere Zustellungsform möglich gewesen wäre – verletzt dies den Anspruch auf rechtliches Gehör, was grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. statt vieler: BGE 137 I 195 E. 2.2; BGer 4A_162/2021 vom 12. Mai 2021 E. 5.2 je m.w.H.). Die Zustellung kann namentlich dann durch Publikation erfolgen, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO). In diesem Sinne unbekannt ist der Aufenthaltsort der betroffenen Person erst und nur, wenn er jenem Personenkreis nicht bekannt ist, der ihn üblicherweise kennt, nicht aber schon, wenn der Adressat nur vorübergehend (z.B. in den Ferien, im Urlaub oder im Militärdienst) abwesend sein könnte (vgl. BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 141 N 2). Weiter kommt die Zustellung durch Publikation in Frage, wenn die Zustellung beispiels-

weise unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden ist (Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO). Ist die Adresse eines Empfängers bekannt, darf gemäss Praxis der Kammer von einer Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO erst dann ausgegangen werden, wenn drei formelle Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen erfolglos geblieben sind (vgl. etwa OGer ZH LF230068 vom 28. September 2023 E. 2.3.2; PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; PF190001 vom 14. Februar 2019 E. 3.2; LF160059 vom 22. Dezember 2016 E. 5a und c; PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.3 je m.w.H.). Mehrere erfolglose Versuche durch den Gemeinde- oder Stadtammann reichen hierfür in der Regel nicht (vgl. OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 3.6; PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.4).

Da die Publikation – wie gesehen – das letzte Mittel für die Zustellung bleiben muss, kann ein unbekannter Aufenthaltsort im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO oder die Unmöglichkeit der Zustellung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO erst dann angenommen werden, wenn sämtliche zumutbaren und sachdienlichen Nachforschungen (bspw. bei den nächsten Angehörigen, bei Behörden, bei der Polizei, beim Postamt etc.) vorgenommen wurden, aber erfolglos geblieben sind (vgl. BGer 4A_646/2020 vom 12. April 2021 E. 3.1 f.; OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2).

2.6.3.1 Die Berufungsbeklagte gab die Adresse der Berufungsklägerin in ihrem Ausweisungsgesuch an (vgl. act. 6/1). Anhaltspunkte dafür, dass die Berufungsklägerin sich abgemeldet hatte oder länger als nur vorübergehend abwesend war, sind den vorinstanzlichen Akten nicht zu entnehmen. Insbesondere bedeutet ein überfüllter Briefkasten für sich alleine noch keine solche Abwesenheit. Das angefochtene Urteil konnte der Berufungsklägerin an dieser Adresse per Gerichtsurkunde jedenfalls zugestellt werden (vgl. oben E. 1.3). Hinzu kommt, dass sich den vorinstanzlichen Akten auch keine Bemühungen über zumutbare Nachforschungen entnehmen lassen. Die Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO waren somit nicht gegeben.

2.6.3.2 Die Vorinstanz hat direkt das Stadtammannamt mit der Zustellung der Verfügung vom 19. Juni 2024 betraut. Am 9. Juli 2024 retournierte das Stadtam-

mannamt die Akten an die Vorinstanz – ohne Zustellungserfolg (vgl. act. 9). Das Amt teilte mit, am 24. Juni 2024, 28. Juni 2024, 3. Juli 2024 und 8. Juli 2024 jeweils erfolglose Zustellversuche unternommen zu haben. Der Briefkasten sei überfüllt. Auf die telefonische Kontaktaufnahme vom 27. Juni 2024 habe die Berufungsklägerin nicht reagiert und Rechtsanwalt X._____, der diese bei rechtlichen Angelegenheiten unterstütze, jedoch nicht im Besitz einer Generalvollmacht sei, habe auf die E-Mail vom 1. Juli 2024, welche das Amt verschickt habe, nicht reagiert (a.a.O.). Um welche E-Mailadresse und Telefonnummer es sich gehandelt hat, ergibt sich aus der Mitteilung des Stadtmannamts nicht. Eine zweite Zustellart (eingeschriebene Postsendung; Zustellung durch Angehörige des Gerichts oder die Polizei) wurde nicht gewählt; eine Kontaktaufnahme per E-Mail oder Telefon ist von vornherein keine gesetzlich vorgesehene Zustellungsart. Wie gesehen fehlt es an Hinweisen darauf, dass zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort der Berufungsklägerin unternommen wurden. Dasselbe gilt auch für allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen, aus welchen sich eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer ordentlicher Zustellung ergeben könnte. Die Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO waren daher ebenfalls nicht erfüllt.

2.6.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Verfügung vom 19. Juni 2024 der Berufungsklägerin nicht rechtsgültig zugestellt wurde; sie hatte damit keine Möglichkeit, am vorinstanzlichen Ausweisungsverfahren teilzunehmen, sich zum Ausweisungsgesuch zu äussern und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren.

2.7 Zum Vorwurf der Berufungsbeklagten, das ausserprozessuale Verhalten der Berufungsklägerin sei rechtsmissbräuchlich, ist Folgendes festzuhalten:

2.7.1 Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren nur, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Die Rechtslage ist in der Regel dann *nicht* klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft. Das Rechts-

missbrauchsverbot setzt nach der Rechtsprechung dann keine wertende Berücksichtigung aller Umstände voraus, wenn das Verhalten der betroffenen Partei offenkundig einen Rechtsmissbrauch darstellt. Deshalb ist es auch in einem Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen möglich, sich erfolgreich auf Rechtsmissbrauch zu berufen (vgl. BGer 4A_350/2015 vom 25. August 2015 E. 4.2). Das Verhalten der betroffenen Partei kann insbesondere dann einen offenkundigen Missbrauch darstellen, wenn dieses in eine der in Rechtsprechung und Lehre anerkannten Fallgruppen einzuordnen ist (vgl. BGer 4A_497/2023 vom 16. Januar 2024 E. 2.2.2; 4A_480/2023 vom 6. Dezember 2023 E. 3.2.2; 4A_12/2023 vom 31. März 2023 E. 3.2; 4A_550/2020 vom 29. April 2021 E. 5.1; 4A_25/2019 vom 15. April 2019 E. 3; OGer ZH LF220011 vom 1. März 2022 E. III./3; PF210002 vom 26. März 2021 E. 3.6, je m.w.H.). Zu diesen Fallgruppen gehören fehlendes Interesse an der Rechtsausübung, krasses Missverhältnis der auf dem Spiele stehenden Interessen, zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts, schonungslose Rechtsausübung oder widersprüchliches Verhalten (BGE 135 III 349 E. 3 = Pra 98 [2009] Nr. 134; 129 III 493 E. 5.1 = Pra 93 [2004] Nr. 7). Ein Rechtsinstitut wird zweckwidrig verwendet, wenn es zur Verwirklichung von Interessen dienen soll, die dieses nicht schützen will (BGE 138 III 425 E. 5.2 m.w.H.). Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde (BGE 143 III 666 E. 4.2; 140 III 481 E. 2.3.2). Der Vertrauende muss aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (BGE 125 III 257 E. 2a mit Hinweisen).

2.7.2 Ob sich überhaupt erstellen lassen würde, dass Rechtsanwalt X. _____ vor dem Ausweisungsverfahren als Vertreter der Berufungsklägerin aufgetreten ist und dass zwischen ihnen ein Auftragsverhältnis bestand, kann offen gelassen werden. Denn selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, begründete dies für sich allein kein schutzwürdiges Vertrauen der Berufungsbeklagten darauf, dass Rechtsanwalt X. _____ im nachfolgenden Ausweisungsverfahren als Prozessvertreter oder Zustelladresse der Berufungsklägerin fungieren würde. Zum einen steht es – so auch die Berufungsbeklagte (act. 26 Rz. 38) – grundsätzlich jedem

frei, sich vertreten zu lassen oder bestehende Vertretungsverhältnisse wieder zu beenden. Zum anderen hatte Rechtsanwalt X. _____ der Rechtsvertretung der Berufungsbeklagten in der E-Mail vom 31. Mai 2024 (act. 27/2 S. 1) ausdrücklich mitgeteilt, dass er die Berufungsklägerin in dieser Sache weder anwaltlich noch anderweitig vertrete und allfällige Zustellungen an die Berufungsklägerin selbst erfolgen müssten. Entsprechend hatte die Rechtsvertretung der Berufungsklägerin Rechtsanwalt X. _____ im Ausweisungsgesuch denn auch nicht als Rechtsvertreter der Berufungsklägerin aufgeführt. Welche Dispositionen die Berufungsbeklagte getroffen hätte, die sich für sie als nachteilig erwiesen hätten, wurde nicht dargelegt und ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Die Behauptung der Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt X. _____ sei "nach dem 31. Mai 2024" gegenüber dem Stadtammannamt – in Widerspruch zur Mitteilung in der erwähnten E-Mail vom 31. Mai 2024 – "auch noch" als Vertreter der Berufungsklägerin aufgetreten (act. 26 Rz. 27), ist von vornherein unsubstantiiert und findet in den Akten keine Stütze. Das Stadtammannamt hatte in seinem Rapport vom 9. Juli 2024 zuhanden der Vorinstanz lediglich erwähnt, dass gemäss ihrer Kenntnis Rechtsanwalt X. _____ die Berufungsklägerin *gelegentlich* bei rechtlichen Angelegenheiten unterstütze, er jedoch *nicht* im Besitz einer Generalvollmacht sei. Sie hätten ihm am 1. Juli 2024 eine E-Mail mit der Bitte um Stellungnahme geschickt, jedoch nichts von ihm gehört (vgl. act. 9). Dasselbe gilt für die Behauptung, die Berufungsklägerin habe "von einem bestehenden und andauernden Vertretungsverhältnis speziell die Zustellungen" ausgenommen, um "darauf hinzuwirken, nachteiligen Mitteilungen von Behörden zu entgehen" und den Ansprechpartnern die Möglichkeit zu nehmen, eigene Mitteilungen abzusetzen (act. 26 Rz. 26, 38). Somit ist auch keine zweckwidrige Verwendung des Vertretungsrechts seitens der Berufungsklägerin auszumachen.

2.7.3 Ein offenbarer Rechtsmissbrauch liegt nach dem Gesagten nicht vor.

2.8 Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur Wiederholung des Ausweisungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Festzuhalten bleibt, dass nun ein Prozessrechtsverhältnis zur Berufungsklägerin besteht.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Ausgangsgemäss unterliegt die Berufungsbeklagte mit ihrer Berufungsantwort. Ihr sind deshalb die Gerichtskosten aufzuerlegen und sie ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin wie beantragt eine Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 ZPO).

3.2 Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 18'492.– (vgl. oben E. 2.1) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'600.– festzusetzen (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG) und der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

3.3 Die Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist aufgrund des geringen Aufwandes und mit Blick auf die nicht unerheblichen Verantwortung auf Fr. 1'000.– zzgl. 8.1 % MWST festzusetzen (vgl. § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 29. August 2024 wird aufgehoben und die Sache zur Wiederholung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an dieses zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.– festgesetzt und der Berufungsbeklagten auferlegt.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich 8.1% MWST zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel der Berufungsantwort (act. 26) samt Berufungsantwortbeilagen (act. 27/1-2), sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen

Akten – an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 15'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
2. Dezember 2024