

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240101-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss vom 30. Oktober 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

gegen

B. _____ **AG,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. September 2024 (ER240059)

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihr demgemäss zu befehlen, die von ihr gemietete 3.5-Zimmer-Attikawohnung im 7. Obergeschoss, inkl. Kellerabteil in der Liegenschaft C. _____-strasse ..., D. _____, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Klägerin zu übergeben.
2. Die zuständige Vollzugsbehörde sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die 3.5-Zimmer-Attikawohnung im 7. Obergeschoss inkl. Kellerabteil an der C. _____-strasse ... in D. _____ ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
 2. Das Stadttammannamt Oberwinterthur wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Gesuchstellerin hat die Vollzugskosten vorzuschüssen, doch sind sie ihr von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
 3. Die Kosten des Verfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
 4. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen. Im Mehrbetrag ist der Kostenvorschuss der Gesuchstellerin zurückzuerstatten. Das Verrechnungsrecht des Staates bleibt vorbehalten.
 5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zu bezahlen.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 15 sinngemäss):

Die Berufung sei gutzuheissen und das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. September 2024 sei aufzuheben. Das Begehren um Ausweisung sei abzuweisen.

Erwägungen:

1. Am 27. Juli bzw. 15. August 2021 schloss die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) mit E._____ und F._____ einen unbestimmten Mietvertrag über eine 3.5-Zimmer-Attikawohnung im 7. Obergeschoss inkl. Kellerabteil an der C._____ -strasse ... in D._____ zu einem monatlichen Mietzins von brutto Fr. 2'700.– ab (act. 1 Rz 5 und 3/1). Mit Wirkung per 16. Dezember 2023 wurde das Mietverhältnis unverändert auf die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) übertragen und die bisherigen Mieter wurden aus dem Mietvertrag entlassen (act. 3/3). Der Mietzins wurde letztmals per 1. Mai 2024 auf monatlich brutto Fr. 2'930.– erhöht (act. 1 Rz 7).

Auf Begehren der Berufungsbeklagten vom 9. Juli 2024 verpflichtete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur die Berufungsklägerin mit Urteil vom 3. September 2024, das genannte Mietobjekt ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Berufungsbeklagten zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 13).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung und beantragt sinngemäss dessen Aufhebung und die Abweisung des Ausweisungsbegehrens. Zur Begründung verweist sie auf ihre gesundheitlichen Probleme. Sie sei deswegen in Therapie gewesen und habe weder Zugriff auf ihre Post gehabt noch Zahlungen vornehmen können (act. 15).

3.a) Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz (fristgemäss) schriftlich und begründet einzureichen. Dabei ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast). Die Berufungsklägerin muss sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen;

ein blosser Verweis auf die Vorakten genügt nicht. Die Berufung kann daher nicht einzig mit einem Verweis auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften bzw. die in jenem Verfahren gemachten Vorbringen begründet werden. Solche Verweisungen sind insbesondere dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat (ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl., Art. 311 N 36 ff.; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 311 N 29 ff.). An die Begründung des Rechtsmittels werden bei Laien minimale Anforderungen gestellt. Es muss jedoch wenigstens rudimentär dargelegt werden, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei leidet. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011; LF230033 vom 19. Juni 2023 E. 2.2; LF230044 vom 19. September 2023 E. 3).

b) Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) sind im Berufungsverfahren nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Sie werden nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten und vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1).

4.a) Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 13 S. 3 f.). Diese erwog weiter zutreffend, dass die Kündigung frist- und formgerecht erfolgte: Mit Schreiben vom 13. Februar 2024 setzte die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Frist von 30 Tagen zur Begleichung des rückständigen Mietzinses von Fr. 7'156.50 (Fr. 1'423.– für das hälftige Mietzinsbetreffnis für den Dezember 2023, je Fr. 2'847.– für die Monate Januar und Februar 2024 sowie Fr. 39.–Mahnspesen) an, unter Androhung der Kündigung nach Art. 257d OR bei unbenutztem Fristablauf (act. 3/4). Das Mahnschreiben wurde der Berufungsklägerin am 15. Februar 2024 zur Abholung gemeldet (act. 3/5). Wird die Sendung wie vorliegend nicht innert der siebentägigen postalischen Abholfrist abgeholt, gilt sie ge-

mäss der hier geltenden eingeschränkten Empfangstheorie am letzten Tag der Frist als zugestellt, selbst wenn dieser Tag auf einen Samstag oder Sonntag fällt. Daran vermag die Verlängerung der Abholfrist durch die Berufungsklägerin nichts zu ändern; die Sendung gilt gleichwohl am siebten Tag als zugestellt. Die Zustellungsfiktion wird somit durch eine private Abrede zwischen der Post und dem Empfänger nicht aufgehoben (zum Ganzen Brändli, Mietrecht für die Praxis, 10. A., S. 809 f.; BSK OR-Weber, 7. A., Art. 257d N 5). Die siebentägige Abholfrist begann damit am 16. Februar 2024 und endete am 23. Februar 2024. Demnach lief die Zahlungsfrist von 30 Tagen am 25. März 2024 ab.

Da die Berufungsklägerin den Ausstand innert Frist nicht beglich und auch sonst keine stichhaltigen Einwendungen gegen die geltend gemachte Mietzinsschuld erhob oder Verrechnung mit einer substantiierten Gegenforderung erklärte, kündigte die Berufungsbeklagte das Mietverhältnis androhungsgemäss unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars am 26. März 2024 per 30. April 2024 (act. 3/7). Für die Zustellung der Kündigung kommt – abweichend von der Regelung bei der Zahlungsaufforderung – die Empfangstheorie uneingeschränkt zur Anwendung. Die Kündigung entfaltet ihre Wirkung erst, wenn sie beim Empfänger eingetroffen ist. Sie gilt als eingetroffen, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers oder von dessen Vertretung übergegangen ist. Eine Kündigung ist daher wirksam an dem Tag zugestellt, an dem sie dem Empfänger übergeben wird oder es diesem nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, die Sendung abzuholen. Letzteres ist in der Regel der Tag nach Einwurf des Abholzettels in den Briefkasten (Oeschger, Mietrecht für die Praxis, 10. A., S. 776 ff.; SVIT-Kommentar, 4. A., Art. 257d N 48). Die Kündigung wurde der Berufungsklägerin am 28. März 2024 zur Abholung avisiert (act. 3/8), sodass sie am 29. März 2024 hätte entgegengenommen werden können. Unbeachtlich ist auch hier die Verlängerung der Abholfrist durch die Berufungsklägerin. Die 30-tägige Kündigungsfrist ist damit gewahrt und das Mietverhältnis gültig per 30. April 2024 aufgelöst. Mit Schreiben vom 17. April 2024 wurde der Berufungsklägerin die Wohnungsabnahme auf den 2. Mai 2024 angekündigt (act. 3/9).

b) In ihrer Berufung erklärt die Berufungsklägerin nicht, inwiefern sie mit dem angefochtenen Entscheid nicht einverstanden ist. So setzt sie sich mit den Erwägungen der Vorinstanz (gültige Kündigung zufolge Einhaltung der gesetzlichen Fristen und Formvorschriften) in keiner Weise auseinander. Insbesondere tut sie nicht dar, inwiefern der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes vorzuwerfen wäre. Damit genügt die Berufungsklägerin auch den bei Laien herabgesetzten Anforderungen an die Begründung einer Berufung nicht, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

5.a) Aber selbst wenn auf die Berufung einzutreten wäre, wäre sie abzuweisen. Die Berufungsklägerin verweist in ihrer Berufungseingabe in erster Linie auf ihre anhaltenden gesundheitlichen Probleme und die damit verbundenen organisatorischen Schwierigkeiten. Vor erster Instanz liess sie sich nicht vernehmen (act. 4 und 7, act. 13 S. 2). Bei den von ihr nunmehr geltend gemachten Tatsachen handelt es sich demnach um unechte Noven, da sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegen haben. Wie erwähnt sind solche Vorbringen im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, welche die Berufungsklägerin hätte darlegen müssen (oben E. 3.b). Die Berufungsklägerin äussert sich in ihrer Berufungsschrift nicht dazu. Die Noven sind deshalb verspätet und nicht zu beachten. Dieser Einschränkung des Novenrechts steht der soziale Untersuchungsgrundsatz von Art. 247 Abs. 2 ZPO nicht entgegen (BGE 138 III 625 E. 2.2, BGE 141 III 569 E. 2.3.3.), wobei dieser ohnehin nur für die im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu beurteilenden mietrechtlichen Streitigkeiten vorgeschrieben ist und nicht für den im summarischen Verfahren gewährten Rechtsschutz in klaren Fällen.

b) Auch wenn die Einwände persönlicher Natur berücksichtigt werden könnten, wären sie unbehelflich. Dass der Verlust der Wohnung für die gesundheitlich angeschlagene Berufungsklägerin eine besondere Härte bedeutet, steht ausser Zweifel. Dennoch vermögen die Ausführungen der Berufungsklägerin an der gültigen Beendigung des Mietvertrages nichts zu ändern.

6. Demzufolge hält sich die Berufungsklägerin nach der auf den 30. April 2024 rechtmässig ausgesprochenen Kündigung gegenwärtig ohne Rechtsgrund

im Mietobjekt auf. Der Ausweisungsbefehl wurde somit zu Recht erteilt und die Berufungsbeklagte kann nun jederzeit die Vollstreckung verlangen.

7. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Der Streitwert im Ausweisungsverfahren bestimmt sich danach, wie lange der Vermieter mutmasslich noch nicht über das Objekt verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 9. Juli 2024 ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (BGE 144 III 346 E. 1.2.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'930.– (act. 1 Rz 7) ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 17'580.–. In Anwendung von §§ 2, 4, 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 12 GebV ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 15, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 17'580.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
31. Oktober 2024