

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180066-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-  
bach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 16. November 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_  **Holding AG,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 2018 (ER180056)

**Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(act. 1):

- "1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die 3.5-Zimmerwohnung im 2. OG, amtl. Whg. Nr.: 4, inklusive Nebenräume (namentlich Keller und Waschküche) in der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse .../..., D. \_\_\_\_\_, unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss gereinigt zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Im Unterlassungsfall sei das zuständige Gemeindeammannamt anzuweisen, die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin gemäss Ziffer 1 hiervor auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin oder eines Bevollmächtigten zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 2018:**

(act. 13 = act. 17 = act. 19)

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die 3.5-Zimmerwohnung im 2. OG, amtl. Whg. Nr.: 4, inklusive Nebenräume (namentlich Keller und Waschküche) in der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse .../..., D. \_\_\_\_\_, unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss gereinigt zu übergeben.
2. Das Stadtammannamt E. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Diese Anweisung hat Gültigkeit bis vier Monate nach Rechtskraft dieses Entscheids. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, sie sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.–.
4. Die Kosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden von der Gesuchstellerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sie sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.

5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'120.– zu bezahlen.

[6.-7. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung.]

**Berufungsanträge der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin:**

(act. 18, sinngemäss)

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht, vom 26. Oktober 2018, sei aufzuheben und das Ausweisungsbegehren unter Kostenfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin abzuweisen.
2. Das Verfahren sei an die Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen zu überweisen.

**Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Mietvertrag vom 28. Juni 2018 mietete A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Mieterin) von der B. \_\_\_\_\_ Holding AG (nachfolgend Vermieterin) eine 3.5-Zimmerwohnung im 2. Stock an der C. \_\_\_\_\_-Strasse .../... in D. \_\_\_\_\_. Sie vereinbarten die Nutzung zu Wohnzwecken für eine Person (act. 3/1).

1.2. Am 14. September 2018 stellte die Vermieterin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster (Vorinstanz) ein Ausweisungsbegehren gegen die Mieterin (act. 1). Sie stützte dieses auf die mit amtlich genehmigtem Formular vom 24. Juli 2018 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses per 31. August 2018, welche nach Androhung der ausserordentlichen Kündigung wegen vertragswidriger Nutzung im Sinne von Art. 257f OR erfolgt war (act. 3/2; act. 3/5).

1.3. Nachdem die Mieterin zur Verhandlung vor Vorinstanz unentschuldigt nicht erschienen war, hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren mit Urteil vom 26. Oktober 2018 gut und verpflichtete die Mieterin, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und der Vermieterin ordnungsgemäss zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 13 = act. 17 = act. 19).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob die Mieterin am 8. November 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 18; zur Rechtzeitigkeit siehe act. 15). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Mit Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Dabei muss die Berufung erhebende Partei darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

2.2. Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen aus, die Mieterin habe die 3.5-Zimmerwohnung seit dem 2. Juli 2018 klarerweise überbewohnt und nutze sie gewerblich als Erotik-Etablissement. Bereits dieser Sachverhalt stelle eine vertragswidrige Nutzung gemäss Art. 257f Abs. 1 und 2 OR dar. Zudem verletze die Mieterin durch die übermässigen Immissionen seit ihrem Einzug auch ihre Pflicht zur Rücksichtnahme auf die anderen Mieter, was ebenfalls gegen Art. 257f Abs. 1 und 2 OR verstosse. Die Vorinstanz erachtete die Fortsetzung des Mietverhältnisses als objektiv unzumutbar. Sie erwog, die Vermieterin habe mit der am 17. Juli 2018 zugestellten Mahnung mit Kündigungsandrohung sowie der mit Einschreiben vom 24. Juli 2018 versandten und auf den 31. August 2018 ausgesprochenen Kündigung die gesetzlichen Formen und Fristen für eine Kündigung gestützt auf Art. 257f OR eingehalten. Damit sei das Mietverhältnis gültig per 31. August 2018 aufgelöst worden. Die Mieterin halte sich seither ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf (vgl. act. 17 E. 3).

2.3. Die Mieterin führt zusammengefasst und ohne weitere Belege aus, sie habe sich nach Erhalt der Kündigung vom "24. Juni 2018", um den "23. Juli 2018", an die Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen gewandt, da sie die Kündi-

gung als ungerechtfertigt erachte. Sie sei jedoch von der Schlichtungsbehörde bis heute nicht vorgeladen worden. Es sei ihr keine Benachrichtigung für die Kündigung zugestellt worden. Sie habe immer ihren Mietzins bezahlt und die erhobenen Vorwürfe würden nicht der Wahrheit entsprechen und seien nicht ausreichend bewiesen worden. Es liege weder eine Pflichtverletzung ihrerseits noch klares Recht vor. Sie ersucht darum, das Verfahren an die Schlichtungsbehörde zu überweisen, welche zu prüfen habe, ob eine fristlose Kündigung vorliege oder noch eine gütliche Einigung möglich sei. Eine fristlose Kündigung würde eine besondere Härte für sie darstellen (vgl. act. 18).

2.4. Vorab ist die Mieterin darauf hinzuweisen, dass ein Begehren um Ausweisung eines Mieters im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO grundsätzlich auch dann zulässig ist, wenn der Mieter die vorangehende Kündigung gerichtlich angefochten hat und dieses Verfahren hängig ist (BGE 141 III 262 E. 3.3). Die mit der Kündigungsanfechtung befasste Instanz kann (muss aber nicht) das Kündigungsschutzverfahren sistieren, bis das Ausweisungsgericht, welches die Gültigkeit der Kündigung als Vorfrage prüft, seinen Entscheid gefällt hat (vgl. z.B. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, N 17 f. zu Art. 257 ZPO; ZR 110/2011 Nr. 54 E. II.3. und II.6). Wenn sowohl die Kündigung (vorfrageweise) als auch die Ausweisung im Rahmen von Art. 257 ZPO ausreichend überprüfbar sind und das Ausweisungsgesuch wie im vorliegenden Fall gutgeheissen wird, ist das pendente mietrechtliche Kündigungsschutzverfahren nach Eintritt der Rechtskraft des Ausweisungsverfahrens als gegenstandlos abzuschreiben (vgl. OGer ZH RU170059 vom 10. November 2017, E. II.1 und II.4.1 mit Hinweisen).

2.5. Die Vorinstanz hat die Gültigkeit der Kündigung gestützt auf die eingereichten Beweismittel der Vermieterin vorfrageweise überprüft. Die Mieterin hätte im Verfahren vor Vorinstanz Gelegenheit gehabt, sich mit den nun vor Obergericht vorgebrachten Argumenten gegen die Gültigkeit der Kündigung und gegen das Vorliegen klaren Rechts zur Wehr zu setzen. Da die Mieterin vor Vorinstanz nicht erschien, galten die – im Übrigen gut dokumentierten – Ausführungen der Vermieterin als unbestritten. Die Bestreitungen, welche die Mieterin nun vor zweiter In-

stanz erhebt, stellen neue Tatsachenbehauptungen dar. Wie erwähnt, sind solche im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Mieterin legt nicht dar, weshalb sie nicht in der Lage gewesen wäre, ihre Ausführungen bereits im vorinstanzlichen Verfahren rechtskonform einzubringen. Solches ist denn auch nicht ersichtlich: Die Mieterin wurde – durch die Zustellung der Verhandlungsvorladung am 1. Oktober 2018 durch den Stadtmann (act. 11) – rechtsgültig vorgeladen und hätte zur Verhandlung vor Vorinstanz erscheinen können und müssen. Somit sind sämtliche Einwände der Mieterin, welche sie erst im Berufungsverfahren erhebt, unbeachtlich. Im Übrigen wurde vor Vorinstanz belegt, dass sowohl die Mahnung mit Kündigungsandrohung zugestellt (vgl. act. 3/3) als auch die Kündigung mit Einschreiben vom 24. Juli 2018 versandt worden war (vgl. act. 3/5 und act. 17 E. 3.11). Es bleibt daher bei der Feststellung der Vorinstanz, dass das Mietverhältnis gestützt auf eine Verletzung von Art. 257f OR per 31. August 2018 gültig aufgelöst wurde. Damit ist der Ausweisungsbefehl zu Recht erteilt worden und die Berufung entsprechend abzuweisen. Ausgangsgemäss ist auch die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen.

### 3.

3.1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Mieterin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung bei der Vorinstanz am 14. September 2018 war mit nicht mehr als sechs Monaten effektiver Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (vgl. OGer ZH PF110022 vom 15. Juli 2011 und PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'790.– ergibt dies einen Streitwert von Fr. 10'740.–. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 600.– festzusetzen.

3.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Mieterin nicht, weil sie unterliegt; der Vermieterin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht, vom 26. Oktober 2018, wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 18, sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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. 10'740.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: