

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 22. November 2021

in Sachen

A. _____ Immobilien AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch B. _____ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

1. **C. _____,**

2. ...

3. ...

4. ...

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 (ER210051)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Gesuchsgegner seien unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verurteilen, die von ihnen bewohnte 4-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss links in der Liegenschaft D. _____-str. ... in E. _____ (samt zugehörigem Estrich- und Kellerabteil), unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben.
2. Das Stadtammannamt Winterthur-Wülflingen sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer auf der Parteientschädigung."

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. Auf das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin gegen die Gesuchsgegnerin 1 wird nicht eingetreten.
2. [...]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 18):

"Die Verfügung vom 17. September 2021 des Bezirksgerichts Winterthur sei aufzuheben und das vor erster Instanz gestellte Rechtsbegehren vollumfänglich gutzuheissen, welches lautet:

1. Die Gesuchsgegnerin (Berufungsbeklagte) sei unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verurteilen, die von ihr bewohnte 4-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss links in der Liegenschaft D. _____-strasse ... in E. _____ (samt zugehörigem Estrich- und Kellerabteil) unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin (Berufungsklägerin) zurückzugeben.
2. Das Stadtammannamt Winterthur-Wülflingen sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin (Berufungsklägerin) zu vollstrecken.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (act. 28, sinngemäss):

Die Berufung sei abzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Mietvertrag vom 9. Januar 2007 vermietete F. _____ eine 4-Zimmerwohnung an der D. _____-str. ... in E. _____ an C. _____ (Gesuchsgegnerin 1 und Berufungsbeklagte; nachfolgend Mieterin) und G. _____ (Gesuchsgegner 2 vor Vorinstanz). Ebenfalls in der Mietwohnung angemeldet waren H. _____ und I. _____ (Gesuchsgegnerinnen 3-4 vor Vorinstanz). Seit Mai 2019 ist die A. _____ Immobilien AG (Gesuchstellerin und Berufungsklägerin; nachfolgend Vermieterin) Eigentümerin und Vermieterin der Liegenschaft (vgl. act. 4/1-6; act. 4/9). Der monatliche Bruttomietzins für die Mietwohnung beträgt Fr. 1'410.- (act. 4/7).

1.2. Mit zwei separaten Einschreiben vom 12. April 2021 mahnte die Vermieterin die Mieter (Mieterin und Gesuchsgegner 2) für ausstehende Mietzinsen von Fr. 1'060.- und setzte gestützt auf Art. 257d OR eine Zahlungsfrist von 30 Tagen an, unter Androhung der Kündigung bei Nichtbezahlung (act. 4/10-11). Die Mahnungen wurden am 13. April 2021 zugestellt (act. 4/12-13). Nach Ablauf der Zahlungsfrist kündigte die Vermieterin den Mietvertrag am 15. Juni 2021 per 31. Juli 2021. Die beiden Kündigungen wurden der Mieterin und dem Gesuchsgegner 2 am 17. Juni 2021 zur Abholung gemeldet und nach ungenutzt verstrichener Abholfrist von der Post an die Vermieterin retourniert (act. 4/14-17). Mit Schreiben vom 11. Juli 2021 focht die Mieterin die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen an und ersuchte um Erstreckung (act. 4/18).

1.3. Am 5. August 2021 stellte die Vermieterin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen und verlangte die unverzügliche Ausweisung der Mieterin und der Gesuchsgegner 2-4 (vgl. act. 1). Im vorinstanzlichen Verfahren reichte die Mieterin innert ihr angesetzter Frist eine Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren ein, welche der Vermieterin zur Kenntnis gebracht wurde (act. 7-8). Die Gesuchsgegner 2-4 nahmen innert Frist keine Stellung. Mit Verfügung und Urteil vom 17. September 2021 trat die Vorinstanz auf das Ausweisungsbegehren gegen die Mieterin nicht ein, da keine klare Sach- und Rechtslage vorliege. Mit Bezug auf die Gesuchsgegner 2-4 hiess sie das Ausweisungsbegehren dagegen gut, und sie verpflichtete diese, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und der Vermieterin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 17 [= act. 19 = act. 14]).

1.4. Gegen den Nichteintretensentscheid mit Bezug auf die Mieterin erhob die Vermieterin am 1. Oktober 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung mit den vorstehenden Anträgen (act. 18; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 15). Den verlangten Kostenvorschuss leistete die Vermieterin rechtzeitig (act. 25). Mit Verfügung vom 1. November 2021 wurde der Mieterin Gelegenheit gegeben, sich zur Berufung zu äussern (act. 26). Am 11. November 2021 reichte sie rechtzeitig eine Eingabe ein (act. 28-29). Diese ist der Vermieterin mit dem vorliegenden Entscheid noch zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.

2.1. Die Mieterin bestritt im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem die ordnungsgemässe Zustellung der Kündigung (vgl. act. 7). Ist nicht nur die Ausweisung, sondern auch die Kündigung strittig, ist für die Berechnung des Streitwerts vom Mietwert für drei Jahre auszugehen (vgl. BGE 144 III 346). Beim monatlichen Mietzins von Fr. 1'410.– ist daher von einem Streitwert von Fr. 50'760.– auszugehen. Der Streitwert liegt damit über Fr. 10'000.–, weshalb gegen den vorinstanzlichen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO).

2.2. Art. 257 Abs. 1 ZPO sieht unter dem Titel "Rechtsschutz in klaren Fällen" vor, dass das Gericht Rechtsschutz im summarischen (raschen) Verfahren gewährt, wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b). Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist in der Regel durch Urkunden zu erbringen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen unterliegt keiner Beweisstrengebeschränkung. Blosses Glaubhaftmachen genügt für die Geltendmachung des Anspruchs nicht, sondern der Kläger hat den vollen Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen. Für die Verneinung eines klaren Falles genügt es, wenn der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern (vgl. BGE 138 III 620 E. 5).

2.3. In der Konstellation, in welcher die Ausweisung gestützt auf eine Kündigung angeordnet werden soll, die vom Mieter angefochten wurde, ist zu Gunsten des Mieters zu beachten, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich die Verhandlungsmaxime gilt. In dem für mietrechtlichen Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren ist der Sachverhalt dagegen im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO von Amtes wegen festzustellen. Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden kann, ist dieser gemäss der bundesgerichtlichen Praxis nur zu gewähren, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint (BGer 4A_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.2.2.). Ist eine Kündigung hingegen nicht innert Frist angefochten, ist sie (oder gilt sie jedenfalls als) gültig und die prozessualen Besonderheiten der Kündigungsanfechtung (insb. Art. 247 ZPO) kommen gar nicht zum Tragen, womit auch kein Grund für verfahrensrechtliche Besonderheiten im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen besteht (OGer ZH PF190021 vom 8. August 2019 E. IV.9).

2.4. Aus den Akten ergibt sich, dass die Kündigung innert Frist angefochten wurde (vgl. act. 4/18), weshalb die verfahrensrechtliche Besonderheit zu beachten ist, dass keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen dürfen.

2.5. Die Vorinstanz erwog, die Mieterin bestreite nicht, dass sie mit der Zahlung von Mietzinsen in Rückstand gelegen und deshalb eine Mahnung samt Kündigungsandrohung erhalten habe. Sie wende in ihrer Stellungnahme jedoch überdies ein, sie zahle ihre Miete. Es ergäben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vermieterin diese Zahlungen nicht vorbehaltlos entgegen genommen hätte. Die Mieterin habe ihre Behauptung zwar nicht belegt, sie erscheine aber per se schlüssig und hätte von der Vermieterin mittels Urkunden sofort widerlegt werden können. Dass die Vermieterin nicht bestritten habe, Mietzinszahlungen auch noch nach der Kündigung per Ende Juli 2021 erhalten bzw. kommentarlos entgegen genommen zu haben, werfe die Frage auf, ob dadurch ein neuer Mietvertrag entstanden bzw. das bestehende Mietverhältnis weitergeführt worden sei. Damit liege keine klare Rechtslage und kein klarer Sachverhalt vor (act. 17 E. V.).

2.6. Die Vermieterin weist in ihrer Berufung darauf hin, das Ausweisungsverfahren sei umgehend eingeleitet worden und es seien – entgegen der Behauptung der Mieterin – seit der Kündigung keine Mietzinszahlungen mehr eingegangen. Auch die Mieterin selbst gehe nicht davon aus, dass ein neuer Mietvertrag zustande gekommen sei. In ihrer Stellungnahme habe sie ausgeführt: "So bald mir eine [...] entsprechende Wohnung offensteht, bin ich sofort bereit, meine jetzige Wohnung zu verlassen. Angesichts der Tatsache, dass ich meine Miete zahle, ist ein solcher Aufschub m.E. auch gegenüber dem Vermieter durchaus vertretbar." Damit habe sie nicht vorgebracht, es sei ein neuer Mietvertrag zustande gekommen, schon gar nicht substantiiert und schlüssig, wie es vom Bundesgericht für die Verneinung eines klaren Falls verlangt werde. Eine Erstreckung sei bei einer Zahlungsverzugskündigung gesetzlich ausgeschlossen. Es habe daher für die Vermieterin kein Anlass gegeben, eine weitere Stellungnahme einzureichen, welche das Verfahren zusätzlich in die Länge gezogen hätte (act. 18).

2.7. Die Mieterin erklärt in ihrer Stellungnahme zur Berufung, sie erhebe "Einsprache" bzw. "Rekurs" gegen die Verfügung, mit welcher ihr Frist zur Erstattung einer Berufungsantwort angesetzt worden war; sie verweist im Übrigen auf den ärztlichen Bericht von Dr. med. J._____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 11. November 2021 (act. 28-29). Die Ärztin führt aus, die Mieterin befinde sich seit September 2009 mit Unterbrüchen in ihrer ambulanten psychiatrischen Behandlung. Sie leide unter anderem an einer rezidivierenden depressiven Störung mit gegenwärtig mittelschwerer depressiver Episode sowie an einer kombinierten Persönlichkeitsstörung mit emotional instabilen und abhängigen Zügen. Aufgrund psychischer Überforderung sei es zu der schwierigen Situation mit den Mietzinsrückständen gekommen. Es sei keine gute Lösung, die Mieterin in ihrer psychisch schlechten Verfassung mit depressiven Symptomen bis hin zu suicidalen Gedanken aus dem Mietverhältnis zu entlassen (act. 29).

2.8. Wie die Vorinstanz mit Bezug auf die übrigen Gesuchsgegner festhielt, hatte die Vermieterin korrekt nach Art. 257d OR gekündigt. Insbesondere ist auch belegt, dass das Kündigungsschreiben der Mieterin von der Post am 17. Juni 2021 zur Abholung gemeldet wurde, womit es im Zugriffsbereich der Mieterin eingetroffen ist und als zugestellt gilt (act. 17 E. VI; act. 4/14-15; vgl. auch ZK-HIGI, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N 51). Damit war das Mietverhältnis per 31. Juli 2021 beendet. Nach der Rechtsprechung kann nach erfolgter Kündigung ein stillschweigender Abschluss eines neuen Mietvertrages vorliegen, wenn die Vermieterin während eines hinreichend langen Zeitraums darauf verzichtet hat, die Rückgabe des Mietobjekts zu verlangen und den Mietzins weiterhin regelmässig und vorbehaltlos entgegen nimmt. Ein solcher konkludenter Vertragsschluss ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen; es sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (vgl. BGer 4A_499/2013 vom 4. Februar 2014 E. 3.3.1; 4A_247/2008 vom 19. August 2008 E. 3.2.1; ZK-HIGI, Art. 257d N 65). Zu beachten ist namentlich auch, dass einem Vermieter, der Zahlungen über den Kündigungstermin hinaus entgegennimmt, für die Dauer des unrechtmässigen Verbleibs des Mieters ein Schadenersatzanspruch zusteht, der im Zweifel der Höhe des früheren Mietzinses entspricht. Schlüssiges Indiz für einen neuen Vertrag ist daher nur die Entgegen-

nahme von regelmässigen Zinszahlungen oder gar Vorauszahlungen nach Begleichung aller Rückstände (BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 257d N 14).

2.9. Die Mieterin hatte in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz bestätigt, der Sachverhalt sei so, wie er durch die Vermieterin dargestellt worden sei. Weiter hatte sie ausgeführt, für die Festsetzung des Ausweisungstermins bitte sie das Gericht, ihr genügend Zeit einzuräumen, eine geeignete Unterkunft zu finden. In diesem Zusammenhang machte die Mieterin Ausführungen zu ihrer persönlichen Situation und hielt abschliessend fest, sobald ihr eine entsprechende Wohnung offenstehe, sei sie sofort bereit, ihre jetzige Wohnung zu verlassen. Angesichts der Tatsache, dass sie ihre Miete zahle, sei ein solcher Aufschub ihres Erachtens auch gegenüber der Vermieterin vertretbar (act. 18). Der Vermieterin ist zuzustimmen, dass der Abschluss eines neuen stillschweigenden Mietvertrags von der Mieterin dadurch nicht, jedenfalls nicht substantiiert, behauptet wurde. Im Gegenteil scheint sie anzuerkennen, dass sie ausziehen muss. Dass sie die Mietzinsen bezahle, erwähnt sie nur im Zusammenhang mit ihrem Ersuchen, es sei ihr genügend Zeit für den Auszug einzuräumen (vgl. act. 7). Auch unter der Annahme, es gelte die Untersuchungsmaxime, ergibt sich aus den Akten nicht, dass die Mieterin von einem neuen Mietvertrag ausgehen konnte. Am 8. Juli 2021 schrieb die Vermieterin der Mieterin bezugnehmend auf die per 31. Juli 2021 ausgesprochene Kündigung, der Abnahmetermin der Wohnung finde am Montag, 2. August 2021 statt (act. 4/19). Dieses Schreiben wurde der Mieterin am 12. Juli 2021 zugestellt (act. 4/20). Am 5. August 2021 reichte die Vermieterin bei der Vorinstanz das Ausweisungsgesuch ein. Damit musste der Mieterin klar sein, dass die Vermieterin das Mietverhältnis nach dem 31. Juli 2021 nicht weiterführen bzw. kein neues Mietverhältnis eingehen wollte. Die Vermieterin hat die Kündigung durch Einleitung des Ausweisungsverfahrens umgehend durchgesetzt. Unter diesen Umständen musste die Mieterin – auch wenn die Vermieterin weiterhin Mietzinszahlungen entgegen genommen haben sollte – wissen, dass die Vermieterin keinen neuen Vertrag eingehen wollte. Solche Zahlungen wären vielmehr als Schadenersatz wegen dem unrechtmässigen Verbleib im Mietobjekt zu verstehen gewesen. Hinzu kommt, dass auch die Mieterin nicht angab, alle Zahlungsrückstände mittlerweile beglichen zu haben (vgl. act. 7). Der stillschweigende Abschluss

eines neuen Mietvertrags fällt damit ausser Betracht. Auch eine Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei Kündigungen wegen Zahlungsverzugs ausgeschlossen (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Der rechtlich relevante Sachverhalt und die Rechtslage sind demnach klar: Nachdem das Mietverhältnis per 31. Juli 2021 gültig beendet wurde, hat die Vermieterin ein Recht darauf, die Rückgabe der Mietwohnung zu verlangen. Das Obergericht hat als Rechtsmittelinstanz auch bei Fällen, in denen die persönliche Situation einer Partei aus gesundheitlichen Gründen schwierig ist, das Gesetz anzuwenden. Insbesondere ist es gesetzlich nicht möglich, eine Auszugsfrist zu gewähren, bis eine neue Wohnung gefunden wurde. Die Berufung ist daher gutzuheissen und die Mieterin ist zu verpflichten, die 4-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss links an der D. _____-str. ... in E. _____ samt zugehörigem Keller- und Estrichabteil unverzüglich zu verlassen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben.

2.10. Das Gericht kann auf Antrag konkrete Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Hier ist die beantragte Anweisung an das Stadtammannamt, den Entscheid auf Verlangen der Vermieterin zu vollstrecken, als Zwangsmassnahme (Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO) die angemessene Vollstreckungsanordnung. Unter Umständen kann das Gericht im Sinne einer Vollstreckungsmodalität eine kurze Frist vorsehen, und so der verurteilten Partei einen freiwilligen Auszug ermöglichen; es kann aber auch davon absehen (BGer 4A_391/2013 vom 17. Dezember 2013, E. 7 [übersetzt in mp 2014 S. 167]). Es ist nicht absehbar, dass sich die schwierige persönliche Situation der Mieterin demnächst massgeblich verbessert. Sie ist zudem bereits seit dem 31. Juli 2021 verpflichtet, aus dem Mietobjekt auszuziehen. Die Gewährung einer weiteren Frist für den Auszug würde daher sehr bald einer unzulässigen Erstreckung des Mietverhältnisses gleichkommen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es dem Vollstreckungsbeamten unbenommen ist, der Mieterin im Rahmen der Vollstreckung aus praktischen bzw. humanitären Überlegungen noch einen kurzen Aufschub zu gewähren. Für eine Notwohnung kann sich eine betroffene Person sodann an die zuständige Sozialbehörde ihrer Wohngemeinde wenden (OGer ZH LF160041 vom 5. Juli 2016 E. 5c); häufig ziehen die Vollstreckungsorgane auch schon von sich aus diese Behörden bei.

3.

3.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Entscheids sind daher mit Bezug auf die Mieterin neu zu fassen.

3.2. Es besteht kein Anlass, die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr auf Fr. 2'500.– (Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils) zu ändern. Auch bleibt es beim Bezug dieser Kosten aus dem von der Vermieterin im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.3. Da die Vermieterin obsiegt, hat sie in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 und 5 des Urteils keine Kosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Stattdessen ist die erstinstanzliche Entscheidgebühr zu einem Viertel der Mieterin aufzuerlegen. Sie wird zudem solidarisch haftbar für den ganzen Betrag (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

3.4. Die Vorinstanz hat ferner die Gesuchsgegner 2 bis 4, unter solidarischer Haftung untereinander, verpflichtet, der Vermieterin eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Da dasselbe Ausweisungsbegehren auch die Mieterin umfasste, fielen der Vermieterin dafür keine zusätzlichen Kosten an. Es ist ihr daher keine weitere Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Die Mieterin ist aber in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils ebenfalls als solidarisch haftende Entschädigungspflichtige für die Parteientschädigung aufzuführen (vgl. Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO).

3.5. Auf die Erhebung einer Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist ausnahmsweise zu verzichten. Der von der Vermieterin für das Berufungsverfahren geleistete Vorschuss ist ihr zurückzuerstatten.

3.6. Die Mieterin hat die Vermieterin auch für die Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den § 2 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1 bis 3 und § 9 AnwGebV festzusetzen. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 50'760.–, welcher sich aufgrund der Mietzinsen für drei

Jahre als wiederkehrende Leistungen ergibt (vgl. E. 2.1.), und da der Aufwand im Berufungsverfahren im Zusammenhang mit der strittigen Frage als eher gering zu beurteilen ist, erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zuzüglich Mehrwertsteuer als angemessen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 aufgehoben.
2. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, die 4-Zimmerwohnung im 2. Obergeschoss links an der D.____-str. ... in E.____ samt zugehörigem Keller- und Estrichabteil unverzüglich zu verlassen und der Berufungsklägerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben, unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
3. Das Stadtammannamt Winterthur-Wülflingen wird angewiesen, diesen Entscheid (nach Eintritt der Rechtskraft) auf erstes Verlangen der Berufungsklägerin, welches innert 60 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu stellen ist, zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Berufungsklägerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber von der Berufungsbeklagten zu ersetzen.
4. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 hat die Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren keine Kosten zu tragen. Der Anteil der Berufungsklägerin von 1/4 wird der Berufungsbeklagten auferlegt, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.
5. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 wird aus dem von der Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen. In Ergänzung

von Dispositiv-Ziffer 5 dieses Urteils wird die Berufungsbeklagte verpflichtet, der Berufungsklägerin den Kostenvorschuss im Umfang von 1/4 (Fr. 625.–) zu ersetzen, unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag.

6. In Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. September 2021 wird auch die Berufungsbeklagte unter solidarischer Haftung mit den Gesuchsgegnern 2 bis 4 verpflichtet, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 900.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
7. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. Der von der Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– wird dieser zurückerstattet, wobei das Verrechnungsrecht des Staates vorbehalten bleibt.
8. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zzgl. 7.7% MwSt. zu zahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage je einer Kopie von act. 28 und act. 29, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. 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. 50'760.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
23. November 2021