

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF240076-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

## Beschluss vom 24. Juli 2024

in Sachen

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

2. **B.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Ausweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Juli 2024 (ER240022)**

## Erwägungen:

### I.

1.1. Mit Mietvertrag vom 12. April 2021 mieteten die Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) vom Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagter) die 4.5-Zimmer-Maisonettewohnung im 2. OG der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_-strasse 1 in E.\_\_\_\_ (act. 3/1). Mit Eingabe vom 6. Mai 2024 gelangte der Berufungsbeklagte an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) und stellte gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (act. 1), weil die Berufungskläger trotz der ausserordentlichen Kündigung weiterhin in der streitgegenständlichen Wohnung verblieben seien. Am 11. Juni 2024 wurden die Parteien zu einer Verhandlung auf den 8. Juli 2024 vorgeladen (act. 9). Mit Schreiben vom 28. Juni 2024 (Poststempel gleichentags) ersuchte der Berufungskläger 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 15). Am 8. Juli 2024 blieben die Berufungskläger der Verhandlung fern (Prot. Vi. S. 4).

1.2. Mit Verfügung und Urteil vom 9. Juli 2024 wies die Vorinstanz – soweit vorliegend interessierend – das Gesuch des Berufungsklägers 1 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und hiess das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten gut. Sie wies das Stadtammannamt Dietikon nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Berufungsbeklagten zur Vollstreckung an (act. 19 = act. 25 [Aktenexemplar]).

2.1. Dagegen erhoben die Berufungskläger mit Eingabe vom 15. Juli 2024 "Einspruch" bei der Vorinstanz (act. 20 = act. 26). Die Vorinstanz leitete die Rechtsmitteleingabe mit Schreiben vom 17. Juli 2024 zusammen mit den vorinstanzlichen Akten zuständigkeitshalber an die hiesige Kammer weiter (act. 21 = act. 28), worüber sie die Berufungskläger informierte (act. 22 = act. 27).

2.2. Den Parteien sowie dem Stadtammannamt Dietikon wurde der Eingang der Berufung mit Mitteilung vom 18. Juli 2024 angezeigt (act. 29/1 – 4). Das Verfah-

ren ist spruchreif. Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Mit dem vorliegenden Beschluss ist dem Berufungsbeklagten eine Kopie der Berufungsschrift (act. 26) zuzustellen.

## II.

1.1. Das angefochtene Urteil stellt einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit dar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Geht es im Ausweisungsverfahren einzig um den Ausweisungs- oder Eigentumsherausgabeanspruch, gilt als Streitwert der durch die Verzögerung mutmasslich entstehende Schaden bzw. der in der betreffenden Zeit hypothetisch anfallende Miet-/Pachtzins oder Gebrauchswert. In der Praxis wird unabhängig von allfälligen kantonalen Unterschieden in der tatsächlichen Bewältigung des summarischen Rechtsschutzes in klaren Fällen von einer Verfahrensdauer von sechs Monaten ausgegangen (BGE 144 III 346 E. 1.2.1).

1.2. Die Vorinstanz hat den Streitwert auf Fr. 15'960.– festgesetzt (6 x Fr. 2'660.–; vgl. act. 25 E. 5.2.) und ist damit implizit davon ausgegangen, dass im Ausweisungsverfahren einzig die Frage der Ausweisung und nicht zusätzlich die Gültigkeit der Beendigung des Mietverhältnisses strittig sei. In ihrer Berufungsschrift machen die Berufungskläger erstmals sinngemäss geltend, die Kündigung sei nicht gültig (act. 26). Da dieses Vorbringen nicht zu berücksichtigen ist (vgl. E. II.3 unten), ist der Streitwert – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung auf Fr. 15'960.– festzusetzen. Damit ist die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.– erreicht und das ergangene Urteil ist mit Berufung anzufechten.

1.3. Die Falschbezeichnung einer Berufung (etwa als "Einspruch") schadet dieser gemäss Praxis der Kammer nicht. Das von den Berufungsklägern eingereichte Rechtsmittel ist demnach als Berufung entgegen zu nehmen.

2.1. Die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung eines Entscheids erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Mitteilung am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit der Zustellung rechnen musste (sogenannte Zustellfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die Berufungsfrist beginnt am Tag nach der (fiktiven) Zustellung zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO) und ist u.a. gewahrt, wenn die Rechtsmitteleingabe spätestens am letzten Tag der Frist zuhanden des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Wird die Eingabe fristgerecht bei der Vorinstanz anstatt bei der Rechtsmittelinstanz eingereicht, gilt die Frist in Anwendung von Art. 48 Abs. 3 BGG als allgemeiner Rechtsgrundsatz als eingehalten (BGE 140 III 636; BSK ZPO-BENN, 3. Aufl. 2017, Art. 143 N 3).

2.2. Der Berufungsklägerin 2 wurde der angefochtene Entscheid am 11. Juli 2024 zugestellt, womit für sie die Rechtsmittelfrist am 22. Juli 2024 endete (act. 23/2). Ebenfalls am 11. Juli 2024 versuchte die Schweizerische Post den angefochtenen Entscheid dem Berufungskläger 1 zuzustellen, dies jedoch erfolglos (vgl. act. 30). Da der Berufungskläger 1 mit der Zustellung rechnen musste – ihm war die erstinstanzliche Verfügung vom 14. Mai 2024 betreffend Vorschuss zugestellt worden (vgl. act. 7) und er demzufolge vom Verfahren Kenntnis hatte –, gilt der angefochtene Entscheid in Anwendung der Zustellfiktion als am 18. Juli 2024 zugestellt. Indem die Berufungskläger ihre Rechtsmitteleingabe am 15. Juli 2024 der Schweizerischen Post übergaben, wahrten sie die Rechtsmittelfrist in Anwendung des dargelegten Rechtsgrundsatzes, auch wenn die Berufungsschrift an die Vorinstanz adressiert war.

3.1. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). An Rechtsmitteleingaben von juristischen Laien werden nur minimale Anforderungen gestellt. Als Begründung reicht aus, wenn (auch nur rudimentär) zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leiden bzw.

weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (vgl. statt vieler OGer ZH PF170034 vom 9. August 2017 E. 2.1 m.w.H.; OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011 E. 3.2). Werden jedoch auch diese minimalen Anforderungen nicht erfüllt, so wird auf eine Berufung nicht eingetreten (vgl. OGer ZH LF170027 vom 6. Juli 2017 E. 2.3).

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H.a. die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Das Berufungsverfahren ist nicht der Ort, um Versäumtes nachzuholen. Parteien müssen vielmehr von sich aus alles Relevante in das erstinstanzliche Verfahren einbringen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 63). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO greift unabhängig davon, ob sich die Noven vorbringende Partei im vorinstanzlichen Verfahren anwaltlich vertreten liess oder nicht. Die Partei ist stets für das Nichtvorbringen vor erster Instanz selbst verantwortlich (BGer 4D\_8/2015 vom 21. April 2015 E. 2.3; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Zürich 2021, Art. 317 N 9). 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). Im Fall unechter Noven (Tatsachen und Beweismittel, die sich vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben) hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1; 5A\_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1 je m.w.H.; OGer ZH LF160084 vom 24. Januar 2017 E. II./1.1-2 m.w.H.). Fehlt es an entsprechenden Ausführungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet, sofern nicht auf der Hand liegt, dass sich die neuen Tatsachen erst nach dem Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens verwirklicht haben oder aus anderen Gründen offensichtlich der Vorinstanz noch nicht hatten vorgetragen wer-

den können (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 317 N 34; OGer ZH LB140014 vom 3. Juni 2014 E. III/2.).

3.2. In ihrer Rechtsmitteleingabe machen die Berufungskläger geltend, die Kündigung sei ausgestellt worden, als sie beide im Krankenhaus bzw. in Therapie gewesen seien, worüber die Vermieterin im Bilde gewesen sei. Die Tochter der Vermieterin habe ihnen ein Schreiben ohne Telefonnummer gesandt, weshalb sie [die Berufungskläger] nicht hätten reagieren können. Zudem hätten sie ein Rechtshilfegesuch gestellt und vor dem Friedensrichter habe eine Anhörung stattgefunden, an welcher sie Dokumente eingereicht hätten. Sie seien davon ausgegangen, dass das Gericht davon Kenntnis habe. Die Berufungskläger äussern den Wunsch, die Schuld in monatlichen Ratenzahlungen zu begleichen, und beantragen, ihnen sei eine genug lange Frist zu gewähren, um alles zu lösen (act. 26).

3.3. Die Berufungskläger erschienen nicht zur vorinstanzlichen Verhandlung und liessen sich in Bezug auf das Ausweisungsverfahren vor der Vorinstanz nicht vernehmen (vgl. E. I.1.1. oben). Bei den von ihnen (erstmalig) vor der Rechtsmittelinstanz geltend gemachten Tatsachenbehauptungen handelt es sich um sog. unechten Noven. In Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO wäre es den Berufungsklägern obliegen, darzutun, dass und inwiefern ein früheres Vorbringen nicht möglich war. Die Berufungsschrift enthält keine diesbezüglichen Ausführungen, womit der Nachweis für die Zulässigkeit der Noven nicht erbracht wurde. Folglich sind die Noven von Vornherein nicht zu berücksichtigen. Die Berufungsschrift erweist sich deshalb als unbegründet, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Berufungskläger in ihrer Berufungsschrift den Antrag auf eine Erstreckung des Mietverhältnisses stellen. Ein entsprechendes Begehren wäre jedoch in einem Kündigungsanfechtungs- und Mieterstreckungsprozess und nicht – wie vorliegend – in einem Ausweisungsverfahren zu stellen (gewesen).

### III.

1. Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 15'960.– (vgl. E. II.1.2. oben) und in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 – 3, 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 12 Abs. 1– 2 GebV OG wird die Entscheidgebühr auf Fr. 490.– festgelegt. Diese Kosten sind den Berufungsklägern je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag (Art. 106 Abs. 3 ZPO), aufzuerlegen.
2. Partei- und Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen; den Berufungsklägern nicht, weil sie mit ihrer Berufung unterliegen, und dem Berufungsbeklagten nicht, weil ihm keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

#### Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung der Berufungskläger wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 490.– festgesetzt und den Berufungsklägern je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag auferlegt.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie von act. 26, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

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. 15'960.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Widmer

versandt am: