

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF240117-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiber M.A. HSG M. Toscanelli

## **Beschluss vom 24. Januar 2025**

in Sachen

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

2. ...

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 18. November 2024 (ER240155)**

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessgeschichte und Sachverhalt

1.1. Mit Eingabe vom 18. September 2024 (Datum Poststempel) ersuchte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagte) das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich (fortan: Vorinstanz) um Ausweisung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (fortan: Berufungskläger) sowie von C.\_\_\_\_\_ (fortan: C.\_\_\_\_\_) aus der 4.5-Zimmerwohnung im 3. Obergeschoss links (samt Kellerabteil und Autoeinstellplatz Nr. 51 an der D.\_\_\_\_\_ -strasse 1, ... Zürich) in der Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ -strasse 2, ... Zürich (act. 5/1).

1.2. Mit Verfügung vom 19. September 2024 setzte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und dem Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ Frist zur schriftlichen Stellungnahme an (act. 5/5). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 5/13). Die Vorinstanz ersuchte das Stadtammannamt Zürich 9 um Zustellung der Verfügung vom 19. September 2024 an den Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ (act. 5/6). Das Stadtammannamt Zürich 9 teilte am 26. September 2024 mit, dass der Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ an der D.\_\_\_\_\_ -strasse 2, ... Zürich, nicht angetroffen worden seien und auf Abholaufforderungen nicht reagiert hätten (act. 5/8a-b). Gemäss Abklärungen vor Ort seien der Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ ohne korrekte Abmeldung weggezogen, wobei die neue Adresse nicht bekannt sei (act. 5/8a-b). Die Vorinstanz nahm daraufhin einen Auszug des Einwohnerregisters zu den Akten und kontaktierte das Personenmeldeamt der Stadt Zürich, woraus sich ergab, dass C.\_\_\_\_\_ und der Berufungskläger an der D.\_\_\_\_\_ -strasse 2, ... Zürich, angemeldet waren, wobei bei der Adresse von C.\_\_\_\_\_ die Angabe "c/o A.\_\_\_\_\_" vermerkt war (act. 5/10a-b und act. 5/11).

1.3. In der Folge setzte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 27. September 2024 Frist an, um schriftlich die genaue aktuelle Adresse des Berufungsklägers und von C.\_\_\_\_\_ anzugeben oder nachzuweisen, dass sie sich erfolglos um die Feststellung der Adresse bemüht habe (act. 5/12 Dispositiv-Ziff. 1). Mit Eingabe vom 10. Oktober 2024 machte die Berufungsbeklagte ent-

sprechende Ausführungen zur Adressrecherche (act. 5/15). Die Vorinstanz nahm erneut einen Auszug des Einwohnerregisters zu den Akten, welcher zu keinen neuen Erkenntnissen führte (act. 5/17a-b). Am 19. Oktober 2024 konnten die Exemplare der Verfügung vom 19. September 2024 für den Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ ("c/o A.\_\_\_\_\_") am Postschalter an den Bevollmächtigten E.\_\_\_\_\_ zugestellt werden (act. 5/18a-b; vgl. act. 5/19). Das Couvert von C.\_\_\_\_\_ wurde dem Gericht mit dem (nicht von der Post angebrachten) Vermerk "Zurück an Absender, Frau C.\_\_\_\_\_ ist seit Längerem abgemeldet. Eine co-Verhältnis bestand nie und besteht nicht. Eine Zustellung unter der Adresse ist deshalb nicht möglich" zurückgesandt (act. 5/19), woraufhin zusätzlich eine Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgte (act. 5/20). Der Berufungskläger erstattete am 24. Oktober 2024 fristgerecht eine Stellungnahme, wobei er als Eventualantrag der F.\_\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_\_ AG den Streit verkündete (act. 5/21). C.\_\_\_\_\_ liess sich innert Frist nicht vernehmen. Mit Verfügung vom 7. November 2024 wurde die Streitverkündung der F.\_\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_\_ AG mitgeteilt (act. 5/26). Die Streitberufenen traten dem Prozess nicht bei. Nachdem der Berufungskläger am 28. Oktober 2024 Beschwerde bei der Kammer gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 19. September 2024 (Kostenvorschuss) erhoben hatte, erging am 12. November 2024 ein Nichteintretensbeschluss (act. 5/27).

1.4. Mit Urteil vom 18. November 2024 (act. 4 [Aktenexemplar] = act. 5/30) verpflichtete die Vorinstanz den Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ zur Räumung und Rückgabe der streitgegenständlichen Wohnung samt Autoeinstellplatz und ordnete Vollstreckungsmassnahmen an. Das Urteil wurde per Gerichtsurkunde versandt (act. 4 Dispositiv-Ziff. 6). Die Urteilsexemplare für den Berufungskläger und C.\_\_\_\_\_ wurden am 29. November 2024 durch den Bevollmächtigten E.\_\_\_\_\_ abgeholt (act. 5/31b-c).

1.5. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2024 (Abgabe beim Empfang des Obergerichts; act. 2) erhob der Berufungskläger gegen das vorerwähnte Urteil Berufung. Mit Eingabe vom gleichen Tag erhob auch C.\_\_\_\_\_ selbständig Berufung. Es wurden zwei separate Verfahren angelegt (LF240117 für den Berufungskläger und LF240118 für C.\_\_\_\_\_).

1.6. Der Berufungskläger stellt folgende Anträge (act. 2 S. 2):

"Es seien auf die auf die Berufung das Urteil des Bezirksgerichtes vom 18.11.2024 zum Rechtsschutz in klaren Fällen aufzuheben und die Gesuche abzuweisen.

- es sei das Verfahren gegen den Gesuchsgegner zu 1 und Berufungskläger betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen von der Gesuchsgegnerin zu 2 abzutrennen und selbständig weiterzuführen.

Weiterhin wird beantragt, die Vollstreckung gemäss Dispositiv 3 des Urteils, unter bis zur Rechtskraft des Verfahrens auszusetzen.

Eventualiter, es seien auf die Berufung sowie die gestellten Rechtsbegehren das Urteil aufzuheben, vom Gesamtverfahren abzutrennen an das Bezirksgericht Zürich zurückzuverweisen,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Es wird ferner der H.\_\_\_\_\_ (auch H.\_\_\_\_\_ benannt) der Streit verkündet und sie aufgefordert, auf der Seite des Gesuchsgegners zu 1 und Berufungsklägers dem Verfahren beizutreten. Dazu wird der Eventualiterantrag gestellt, das Verfahren zu sistieren bis die Not for hire gemäss Art 935 Obligationenrecht (OR) i.v. mit Art. 164 Handelsregisterverordnung eingetragen ist soweit nicht Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils mit Gesuchsabweisung erfolgt."

1.7. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2024 (act. 6) wurde auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung nicht eingetreten und dem Berufungskläger Frist angesetzt, um sich zum Zeitpunkt des Erhalts des angefochtenen Urteils und zur Empfangsbestätigung in den vorinstanzlichen Akten zu äussern, die fehlenden Beilagen 2–3 seiner Berufung einzureichen und einen Kostenvorschuss von Fr. 1'150.– zu leisten.

1.8. Der Berufungskläger erstattete rechtzeitig (vgl. zur Frist act. 7) mit Eingabe vom 9. Januar 2025 (act. 8) seine Stellungnahme, reichte die Beilagen 2–3 ein (act. 9/2–3) und stellte ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung.

1.9. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 5/1–32). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Doppel der Berufungsschrift (act. 2) und der Stellungnahme des Berufungsklägers vom 9. Januar 2025 (act. 8) sind samt Bei-

lagen der Berufungsbeklagten mit dem vorliegenden Beschluss zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Der angefochtene Entscheid stellt einen erstinstanzlichen Entscheid 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-/Pacht- 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).

2.2. Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert des Verfahrens mit Fr. 13'998.– (= [Fr. 2'193.– + Fr. 140.–] x 6; act. 4 E. 4), wovon für das aktuelle Verfahren ebenfalls auszugehen ist. Entsprechend ist die Berufung das zulässige Rechtsmittel.

### 2.3.

2.3.1. Bei einem Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen handelt es sich um ein summarisches Verfahren, weshalb die Berufungsfrist zehn Tage beträgt (Art. 257 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

2.3.2. Der Berufungskläger führt in der Berufungsschrift aus, ihm sei das angefochtene Urteil am 30. November 2024 zugestellt worden (act. 2). In seiner auf gerichtliche Aufforderung hin (vgl. E. 1.7) erstatteten Stellungnahme vom 9. Januar 2025 führt er aus, dass sich der Bevollmächtigte nur daran erinnern könne, die Sendung, sprich das angefochtene Urteil, am 30. November 2024 abgeholt und dem Berufungskläger gescannt übermittelt zu haben. Ein Fehler der Post bei der Ausgabe der Sendung sei nicht auszuschliessen, weshalb von der Einhaltung

der Frist auszugehen sei. Vorsorglich werde ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gestellt, da die Frist nicht willentlich habe versäumt werden können und demzufolge kein Verschulden vorliege. Der Bevollmächtigte für die Postabholung sei als zuverlässig einzuschätzen und es habe in der bisherigen mehrjährigen Tätigkeit keine Beanstandungen gegeben (zum Ganzen: act. 8 S. 2).

2.3.3. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Sie ist erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde, wobei eine Anweisung des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten persönlich zuzustellen, vorbehalten bleibt (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Die sog. Ersatzzustellung an eine zum Empfang berechtigte Person zeigt die gleichen Rechtswirkungen wie die Zustellung an den Adressaten selbst. Dabei ist unerheblich, ob der Adressat effektive Kenntnis vom Inhalt der Sendung erhält (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 3. Aufl. 2025, Art. 138 N 39). Zulässig ist auch die Zustellung an eine vom Adressaten zur Entgegennahme der Sendung bevollmächtigte Drittperson; die Zustellung ist in diesem Fall mit Aushängung an den Bevollmächtigten erfolgt, nicht erst mit Weiterleitung an den Adressaten (vgl. BGer 5A\_716/2020 vom 7. Mai 2021 E. 3.1; OGer ZH PP240025 vom 20. August 2024 E. 3.2.1). Diese Drittperson kann vom Adressaten ausdrücklich, stillschweigend oder konkludent zum Empfang von Sendungen berechtigt werden (Anscheinsvollmacht; vgl. BK ZPO-FREI, 2012, Art. 138 N 13).

2.3.4. Der Berufungskläger gibt selbst an, dass seine Post durch eine von ihm bevollmächtigte Person in Empfang genommen wird. Bereits die vorinstanzliche Verfügung vom 19. September 2024 (act. 5/5), mit welcher dem Berufungskläger eine Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch angesetzt worden war, wurde dem Bevollmächtigten E.\_\_\_\_\_ am Schalter ausgehändigt (act. 5/18a-b). Das für den Berufungskläger bestimmte Exemplar des angefochtenen Urteils wurde gemäss Sendungsverfolgung der Post am 29. November 2024 um 18.15 Uhr am Schalter an den Bevollmächtigten E.\_\_\_\_\_ ausgehändigt, wobei der Empfang von

diesem unterschriftlich bestätigt wurde (act. 5/31b). Damit sind Zustellung und Zustellungszeitpunkt nachgewiesen (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 138 N 16). Die vom Berufungskläger geltend gemachte abweichende Erinnerung seines Bevollmächtigten genügt nicht, um die Beweiskraft des Zustellnachweises der Post zu erschüttern. Es ist damit davon auszugehen, dass der angefochtene Entscheid dem Bevollmächtigten des Berufungsklägers (und damit dem Berufungskläger) am 29. November 2024 zugestellt wurde. Eine allfällige Verzögerung durch die interne Weiterleitung ändert daran nichts. Die Berufungsfrist begann somit am Folgetag, dem 30. November 2024, zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO) und lief am 9. Dezember 2024 ungenutzt ab, womit sich die am 10. Dezember 2024 erhobene Berufung als verspätet erweist.

2.4. Zu prüfen bleibt das vom Berufungskläger gestellte Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist. Gemäss Art. 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Vorliegend liegt allerdings ein Verstoss gegen eine elementare Sorgfaltspflicht vor. Von einer durchschnittlich sorgfältigen Person ist zu erwarten, dass sie den Zeitpunkt des Empfangs einer gerichtlichen Sendung richtig vermerkt. Das Fehlverhalten eines Empfangsbevollmächtigten hat sie sich dabei anrechnen zu lassen. Beim Berufungskläger kommt Folgendes hinzu: Der Berufungskläger ist in der digital abrufbaren öffentlichen Liste für EU-/EFTA-Anwältinnen und -Anwälte des Kantons Zug als in Deutschland zugelassener Rechtsanwalt mit Dr. iur.-Titel eingetragen. Damit ist er berechtigt, in der Schweiz ständig Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten (Art. 27 Abs. 1 BGFA). Ihm muss folglich klar gewesen sein, dass bei Bevollmächtigung einer Drittperson zur Postabholung die Aushändigung an den Bevollmächtigten (und nicht die allenfalls verzögert erfolgte interne Weiterleitung) fristauslösend ist. Entsprechend kann nicht mehr von einem unverschuldeten bzw. bloss leicht verschuldeten Hindernis an der fristgerechten Vornahme der fristgebundenen Handlung ausgegangen werden, weshalb das Wiederherstellungsgesuch abzuweisen ist.

2.5. Da auf die Berufung nicht eingetreten werden kann, erübrigt sich eine Behandlung der Streitverkündung des Berufungsklägers an die "H. \_\_\_\_\_" und des eventualiter gestellten Sistierungsantrags (act. 2 S. 2).

### 3. Fazit

Da die Berufung zu spät erhoben wurde, ist darauf nicht einzutreten.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen / Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung des Berufungsklägers

4.1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das zweitinstanzliche Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Der Berufungskläger stellt ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung (act. 8 S. 2). Er unterlässt es aber, Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu machen und diese zu belegen, wozu er nach Art. 119 Abs. 2 ZPO bei Stellung eines solchen Gesuchs gehalten gewesen wäre. Da es sich – wie bereits erwähnt (vgl. E. 2.4) – bei ihm nicht um einen Laien, sondern einen Rechtsanwalt handelt, der zur ständigen Parteivertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist, ist auch keine Nachfrist zur Einreichung der entsprechenden Belege anzusetzen (vgl. BGer 4A\_257/2021 vom 6. September 2021 E. 2.1 m.w.H.). Es gebietet daher bereits an der glaubhaft gemachten Mittellosigkeit. Dies führt direkt zur Abweisung des Gesuchs.

4.3. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 13'998.– (vgl. E. 2.2) und in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1–3, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG wird die Entscheidgebühr auf Fr. 850.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

4.4. Partei- und Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im Rechtsmittelverfahren keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Berufungsklägers um Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist wird abgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 850.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von act. 2, act. 3/1a-b, act. 8 und act. 9/2–3, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 13'998.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

M.A. HSG M. Toscanelli

versandt am: