

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF250001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 29. Januar 2025

in Sachen

1. ...
2. ...
3. ...
4. **A.** _____,
5. ...
6. ...

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

4 vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

**Berufung gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirks-
gerichtes Zürich vom 18. Dezember 2024 (ER240170)**

Rechtsbegehren:

(act. 1. S. 2)

1. Die Gesuchsgegnerin 1, die Gesuchsgegnerin 2, der Gesuchsgegner 3, die Gesuchsgegnerin 4, der Gesuchsgegner 5 und die Gesuchsgegnerin 6 seien zu verpflichten, die 4.5 Zimmer-Wohnung im 3. OG (Ref. Nr. 1) inkl. Kellerabteil und Auto-Einstellplatz Nr. 116 (Ref. Nr. 2) an der C. _____-strasse 3 in ... Zürich unverzüglich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 337 und Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO, direkte Vollstreckung).
2. Das zuständige Stadttammannamt sei anzuweisen, das Urteil auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin 1, der Gesuchsgegnerin 2, des Gesuchsgegners 3, der Gesuchsgegnerin 4, des Gesuchsgegners 5 und der Gesuchsgegnerin 6 in Solidarhaftung.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Gesuchsgegner 1–5 werden verurteilt, die 4.5-Zimmer-Wohnung im 3. OG (Ref. Nr. 1) inkl. Kellerabteil und Auto-Einstellplatz Nr. 116 (Ref. Nr. 2) an der C. _____-strasse 3 in ... Zürich zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben.
2. In Bezug auf die Gesuchsgegnerin 6 wird auf das Gesuch nicht eingetreten.
3. Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, Dispositiv-Ziffer 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheids auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber von den Gesuchsgegnern 1–5 unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.
4. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'100.– wird den Gesuchsgegnern 1–5 zu gleichen Teilen auferlegt. Sie wird aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern 1–5 unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.

5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung wird abgewiesen.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittel/Berufung)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. Dezember 2024 mit der Geschäftsnummer ER240170-11/U aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
 - a. Das Gesuch wird abgewiesen.
 - b. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Erwägungen:

1.1. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) vermietete die 4.5-Zimmer-Wohnung im 3. OG an der C.____-strasse 3 in ... Zürich sowie den Auto-Einstellplatz an die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 (act. 3/1 und act. 3/3). Zwischen den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 und dem Gesuchsgegner 3 ist ein Untermietvertrag geschlossen worden, welchen die Berufungsbeklagte am 9. Oktober 2019 genehmigte (act. 1 Rz. 12 ff.; act. 3/4). Die Gesuchsgegnerin 4 und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) ist die Ehefrau des Gesuchsgegners 3 und lebte – zusammen mit den beiden Kindern – ebenfalls in der 4.5-Zimmer-Wohnung (vgl. act. 6/3/5).

1.2. Mit Schreiben vom 12. Juni 2024 mahnte die Berufungsbeklagte die Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 für ausstehende Mietzinszahlungen und setzte ihnen eine dreissigtägige Frist zur Zahlung an unter der Androhung, bei unbenutztem Ablauf der Frist werde das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt (act. 6/3/9 u. 11). Nach unbenutztem Ablauf der Frist kündigte die Berufungsbeklagte das Mietverhältnis unter Verwendung des amtlichen Formulars am 26. Juli 2024 per 31. August 2024 wegen Zahlungsverzugs nach Art. 257d OR (act. 6/3/13 u. 15).

1.3. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2024 stellte die Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (nachfolgend Vorinstanz), das obgenannte Ausweisungsbegehren (act. 6/1). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2024 setzte die Vorinstanz der Berufungsbeklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 6/5). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (act. 6/9). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2024 gab die Vorinstanz der Gegenseite Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Gesuch (act. 6/10), welche die Berufungsklägerin innert erstreckter Frist erstattete (act. 6/24; act. 6/27 und act. 6/29). Mit Urteil vom 18. Dezember 2024 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren gut und wies das Stadtammannamt Zürich ... an, den Ausweisungsbefehl auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken (act. 3).

1.4. Mit Eingabe vom 31. Dezember 2024 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (vgl. act. 6/32b) Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil mit vorstehenden Berufungsanträgen (act. 2).

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–32). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). In ihrer Berufungsschrift macht die Berufungsklägerin geltend, die Kündigung sei unwirksam (act. 2 S. 6). Damit ist nicht nur die Frage der Ausweisung strittig, sondern auch die Gültigkeit der Beendigung des Mietverhältnisses. Bei strittiger Kündigung ist bei einem Bruttomietzins von total Fr. 2'914.– (act. 6/1 Rz. 8) von einem Streitwert von Fr. 104'904.– (36 x Fr. 2'914.–) auszugehen (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.3). Die Streitwertschwelle für die Berufung ist damit erreicht.

2.2. Die Berufung wurde schriftlich eingereicht, sie enthält Anträge und eine Begründung (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann im Berufungsverfahren sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dabei muss die Berufung erhebende

Partei im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; vgl. dazu Näheres unten in Erw. E.2.1.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.1.1. Zur Zustellung der Kündigung erwog die Vorinstanz, die Vermieterschaft habe die Zahlungsaufforderung am 13. Juni 2024 versandt. Die Gesuchsgegnerin 2 habe sie am 17. Juni 2024 abgeholt (act. 6/3/12). Der Gesuchsgegnerin 1 sei die Zahlungsaufforderung am 14. Juni 2024 zur Abholung gemeldet worden. Die Zahlungsaufforderung sei nicht abgeholt und am 22. Juni 2024 wieder retourniert worden (vgl. act. 6/3/10). Die Kündigung sei mittels amtlichem Formular gemäss Art. 266I OR am 26. Juli 2024 (und somit nach Ablauf der dreissigtägigen Zahlungsfrist gemäss Art. 257d Abs. 1 OR) erfolgt. Die Kündigung sei den Gesuchsgegnerinnen 1 und 2 am 30. Juli 2024 zur Abholung hinterlegt worden (act. 3/14 und 3/16), weshalb sie am 31. Juli 2024 als zugestellt gelte (act. 3 E. 4.1.3).

3.1.2. Die Berufungsklägerin bestreitet die Zustellung der Kündigung an die beiden Mieterinnen nicht. Sie wendet aber ein, dass die Gesuchsgegnerin 2 den Brief nicht verstanden habe, weil sie kein Deutsch spreche. Folglich habe die Kündigung ihr gegenüber nicht wirksam erklärt werden können (act. 2 S. 6).

3.1.3. Die – anwaltlich vertretene – Berufungsklägerin übersieht, dass für die Zustellung einer Kündigung die absolute Empfangstheorie gilt, wonach eine empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam ist, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Kann ein eingeschriebener Kündigungsbrief nicht zugestellt werden, gilt unter Anwendung der absoluten Empfangstheorie jener Tag als Zugangstag, welcher auf den Tag des vergeblichen Zustellversuchs folgt (BGE 143 III 15 E. 4.1). Ob die Kündigung tatsächlich zur Kenntnis genommen bzw. verstanden wurde, ist unerheblich. Im Übrigen läge es an der Gesuchsgegnerin 2 (und nicht an der Berufungsbeklagten) sich um eine Übersetzung zu bemühen. Im

Kanton Zürich ist die Amtssprache Deutsch (vgl. Art. 48 KV ZH). Die Zustellung der Kündigung auf Deutsch ist damit nicht zu beanstanden.

3.2.1. Weiter wendete die Berufungsklägerin bereits vor Vorinstanz ein, das Merkmal der Familienwohnung gelte auch für die Untermiete, weshalb die Kündigung allen Parteien hätte zugestellt werden müssen (vgl. act. 6/29 S. 3).

3.2.2. Die Vorinstanz erwog dazu, die Untermiete setze ihrerseits die Existenz einer Hauptmiete voraus. Mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses ende somit auch das Untermietverhältnis. Sei die Vermieterin zugleich Eigentümerin (Art. 641 ZGB), könne sie daher die Ausweisung auch von unberechtigten Besitzern verlangen, zu denen keine direkte vertragliche Bindung bestehe (act. 3 E. 4.2.1 mit Verweis auf SVIT-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2018, ZPO N 185). Der Begriff der Familienwohnung im Sinne der Art. 266m und 266n sei eingeschränkt auf Wohnungen, welche die Ehegatten aufgrund des Mietvertrages als Wohnung benutzen dürfen. Jedoch seien die Art. 266m und 266n nicht auf die Beziehung zwischen dem Hauptvermieter und den untermietenden Ehegatten anwendbar (act. 3 E. 4.2.2. mit Verweis auf ZK OR-HIGI/WILDISEN, Art. 266m-266n N 17).

3.2.3. Dagegen wendet die Berufungsklägerin ein, die Zustellfiktion gelte nicht für das Untermietsverhältnis, habe doch der Kontakt mit der Vermieterin direkt über die Berufungsklägerin stattgefunden. Der Begriff der Familienwohnung sei aufgrund des Schutzgedankens auf die Untermiete auszuweiten (act. 2 S. 6). Die Familienwohnung soll dem Schutz der Familie dienen. Die Berufungsbeklagte hätte Kenntnis vom Einzug der Familie mit einem minderjährigen Kind gehabt. Den Schutzzweck der Familienwohnung nicht auszuweiten, würde dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor öffnen. Da ein minderjähriges Kind in der Wohnung wohne, sei die Kündigung unwirksam (act. 2 S. 7).

3.2.4. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin ist keine Zustellung der Kündigung an die Untermieter notwendig, weshalb die Vorinstanz auch nicht auf eine Zustellfiktion abstellte. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, setzt die Untermiete ein bestehendes Hauptmietverhältnis voraus. Mit der Beendigung des Hauptmietverhältnisses endet somit auch das Untermietverhältnis und dies ohne

dass es der Kündigung des Untermietverhältnisses bedarf. Damit ist es unerheblich, ob es sich beim Untermietverhältnis um eine Familienwohnung handelt oder nicht.

Entgegen der Berufungsklägerin wird damit dem Rechtsmissbrauch nicht "Tür und Tor geöffnet". Bei Auflösung des Hauptmietverhältnisses kann der Untermieter zwar grundsätzlich keinen Kündigungsschutz verlangen (vgl. Art. 273b Abs. 1 OR). Gemäss Art. 273b Abs. 2 OR wird dem Untermieter indessen ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt, wenn die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt. Dies trifft nicht auf jede vertragliche Konstruktion zu, die eine Ausschaltung bestimmter Kündigungsschutzbestimmungen bewirken kann. Erforderlich ist vielmehr, dass die Beseitigung des Kündigungsschutzes der hauptsächlichliche Zweck einer Umgehungskonstruktion oder -abrede ist. Trifft dies zu, so tritt der Vermieter, der das Hauptmietverhältnis gekündigt hat, von Gesetzes wegen an Stelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein (vgl. BGer 4A_336/2010 vom 30. September 2010 E. 2.1, 4C.116/2003 vom 16. Oktober 2003, E. 2.1, 4C.300/2000 vom 29. März 2001 E. 3c). Damit wird der Situation von Untermietern hinreichend Rechnung getragen. Dass vorliegend das Untermietverhältnis hauptsächlich in Umgehungsabsicht der Kündigungsschutzbestimmungen abgeschlossen wurde, wird von der Berufungsklägerin aber nicht geltend gemacht und ist angesichts der Entstehung des Untermietverhältnisses auch nicht ersichtlich. So handelt es sich beim Gesuchsgegner 3 um den Neffen der Gesuchsgegnerin 2 (vgl. act. 6/3/5 Rz. 2). Das Untermietverhältnis wurde ohne Zutun der Berufungsbeklagten abgeschlossen und von dieser bloss nachträglich genehmigt (vgl. act. 6/1 Rz. 13; act. 6/3/4; act. 6/3/5 Rz. 2). Dafür, dass im Zeitpunkt der Begründung des Untermietverhältnisses Abreden zur Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen gegenüber den Untermietern getroffen worden sind, liegen keine Anhaltspunkte vor. Es bleibt damit dabei, dass es keiner Kündigung des Untermietverhältnisses bedurfte und es somit keinen Raum für die von der Berufungsklägerin geforderte "Ausweitung" des Begriffs der Familienwohnung auf das Untermietverhältnis gibt. Die Rechtslage ist klar.

3.3.1. Die – anwaltlich vertretene – Berufungsklägerin macht schliesslich geltend "man könnte" die Ansicht vertreten, dass ein Rechtsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten entstanden sei. Es sei gerade nicht immer der Umweg über die Hauptmieter gewählt worden, da die erwähnte sprachlich Barriere eine Rolle gespielt habe. Die Vermieterin habe über Vertragsinhalte direkt mit den Untermietern bzw. der Berufungsklägerin kommuniziert worden. Es sei davon auszugehen, dass die Untermieter in den Hauptvertrag miteinbezogen worden seien, jedoch eine schriftliche Fixierung unterblieben sei (act. 2 S. 7).

3.3.2. Diese Ausführungen sind im Berufungsverfahren neu. Die Berufungsklägerin legt nicht dar, weshalb sie dies nicht bereits vor Vorinstanz vorbrachte bzw. vorbringen konnte. Die Ausführungen stehen zudem in direktem Widerspruch zu den Angaben, die die – schon dort anwaltlich vertretene – Berufungsklägerin vor Vorinstanz machte. Die Berufungsklägerin betonte vor Vorinstanz, dass ein Untermietverhältnis bestehe und bot in ihrer Eingabe mehrfach an, den Vertrag der Hauptmieterinnen zu übernehmen (act. 29 S. 4). Das Vorbringen, dass die Untermieter bereits in den Hauptmietvertrag miteinbezogen worden seien, ist damit nicht nur verspätet, sondern auch aktenwidrig, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

3.4. Nach dem Gesagten ist der vorinstanzliche Entscheid nicht zu beanstanden. Auch wenn die Ausweisung zweifellos eine schwierige Situation für die Familie der Berufungsklägerin bedeutet, ändert dies nichts daran, dass die Voraussetzungen für eine Ausweisung im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen erfüllt sind. Die Berufung ist daher abzuweisen.

4.1. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 104'904.– (vgl. hiervor E. 2.1.) ist die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

4.2. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. Dezember 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 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. 104'904.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: