

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF150031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

## Urteil vom 13. Juli 2015

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gesuchsteller und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend

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

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Februar 2015 (ER140220)

## Erwägungen:

### 1. Sachverhalt

1.1. A.\_\_\_\_\_ (nachstehend Beschwerdeführerin genannt) schloss mit B.\_\_\_\_\_ (nachstehend Beschwerdegegner genannt), dieser vertreten durch die C.\_\_\_\_\_ AG, am 20. Juni 2007 einen Mietvertrag ab über die 2,5-Zimmerwohnung im 4. OG Mitte rechts inklusive Kellerabteil an der D.\_\_\_\_\_ -strasse, Zürich. Der Mietzins betrug Fr. 1'210.– netto zuzüglich Fr. 224.– für Nebenkosten, brutto also Fr. 1'434.– pro Monat. Mietbeginn war der 1. Juli 2007. Das Mietverhältnis war frühestens auf den 1. Juli 2012 kündbar (Mietdauer 5 Jahre), wobei die Beschwerdeführerin als Mieterin das Recht hatte, das Mietverhältnis vorzeitig jeweils per 31. März oder 30. September mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist zu kündigen, jedoch frühestens auf den 31. März 2009 (act. 4/1). Da die Parteien für die Zeit nach Ablauf der 5-jährigen Mietdauer keine speziellen Modalitäten vereinbart hatten, konnte das Mietverhältnis gestützt auf Art. 266 Abs. 1 OR und Art. 266c OR jeweils unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von drei Monaten auf die ortsüblichen Termine der Stadt Zürich aufgelöst werden.

1.2. Mit amtlichem Formular vom 11. April 2014 kündigte die C.\_\_\_\_\_ AG das genannte Mietverhältnis ordentlich per 30. September 2014. Da die Beschwerdeführerin die eingeschriebene Kündigung innert der 7-tägigen Abholfrist *nicht abholte*, wurde diese von der Post am 23. April 2014 mit dem entsprechenden Vermerk an die Verwaltung retourniert (act. 4/2/1-3). Die Kündigung wurde innert der 30-tägigen Frist bei der zuständigen Schlichtungsbehörde weder angefochten, noch wurde ein Erstreckungsbegehren gestellt. Nachdem die Beschwerdeführerin offenbar auch auf die Schreiben und Telefonate der C.\_\_\_\_\_ AG vom September 2014 nicht reagiert und ebenso wenig Anstalten getroffen hatte, die Wohnung rechtzeitig zurückzugeben, leitete der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 8. Oktober 2014 beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich das Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO ein mit folgenden Rechtsbegehren (act. 1):

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu befehlen, die 2,5-Zimmerwohnung im 4. OG Mitte rechts inkl. Kellerabteil in der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse, Zürich, unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben;
2. Es sei das zuständige Stadtmannamt anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken;  
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2014 wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch angesetzt, wobei ihr die Verfügung aufgrund einer eingereichteten *Postlageradresse* nicht zugestellt werden konnte. In der Folge beauftragte die Vorinstanz das Stadtmannamt Zürich 12 mit der Zustellung (act. 6b, 7 und 8). Nach Eingang des Kostenvorschusses des Beschwerdegegners und der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. November 2014 (act. 9 und act. 11), in welcher sie Nichteintreten auf das Gesuch bzw. Abweisung desselben beantragte, wurden die Parteien zur mündlichen Fortsetzung des Verfahrens auf den 8. Januar 2015 vorgeladen (act. 13). Diesmal konnte die Beschwerdeführerin gemäss Mitteilung der Post an der angegebenen Adresse *nicht ermittelt* werden (act. 14). Von einem Zustellversuch der Vorladung via Stadtmannamt wurde abgesehen (act. 14). Nachdem der Beschwerdegegner anlässlich der Verhandlung vom 8. Januar 2015 ausgeführt hatte, dass die Beschwerdeführerin an ihrer Meldeadresse nach wie vor über einen mit ihrem Namen versehenen Briefkasten verfüge, wurden die Parteien zu einer neuen Verhandlung am 3. Februar 2015 vorgeladen (act. 16). Am 26. Januar 2015 konnte das beauftragte Stadtmannamt der Beschwerdeführerin die Vorladung übergeben (act. 19).

2.2. Am 29. Januar 2015 überbrachte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz ihre schriftliche Stellungnahme (welche identisch ist mit jener vom 14. November 2014) und kündigte offenbar an, dass sie an der Verhandlung vom 3. Februar 2015 nicht teilnehmen werde (act. 21). Zur genannten Verhandlung erschien denn auch einzig der Beschwerdegegner, welcher an seinem Ausweisungsgesuch vom 14. November 2014 festhielt (act. 22).

2.3. Mit Urteil vom 3. Februar 2015, versandt am 9. März 2015, wurde dem Ausweisungsgesuch stattgegeben und die Beschwerdeführerin verpflichtet, die 2 ½-Zimmerwohnung, inkl. Kellerabteil in der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse, Zürich, unverzüglich zu räumen und dem Gesuchsteller ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (Dispositivziffer 1 act. 24). Das Stadtmannamt Zürich 12 wurde mit der Vollstreckung beauftragt (Dispositivziffer 2 act. 24). Die Entscheidgebühr wurde auf Fr. 1'150.– festgesetzt, mit dem vom Beschwerdegegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet und die Beschwerdeführerin verpflichtet, diesen dem Beschwerdegegner zu ersetzen (Dispositivziffer 3 act. 24). Überdies wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen (Dispositivziffer 4 act. 24).

2.4. Am 11. März 2015 wurde der Vorinstanz das an die Beschwerdeführerin per Gerichtsurkunde versandte Urteil vom 3. Februar 2015 mit dem Vermerk "*Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden*" retourniert (act. 26). Mit demselben Vermerk wurde auch das am 11. März 2015 nochmals per Gerichtsurkunde versandte Urteil am 13. März 2015 retourniert (act. 27).

2.5. Mit Schreiben vom 16. April 2015 wandte sich die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz und teilte dieser mit, sie habe sich heute Vormittag telefonisch nach dem Stand der Dinge erkundigt und erfahren, dass das Gericht zweimal versucht habe, ihr das Urteil vom 3. Februar 2015 zuzustellen, die Gerichtsurkunde jedoch beide Male wieder retourniert worden sei. Sie habe weder je eine Abholungseinladung, erhalten noch habe sie die Entgegennahme verweigert. Sie bitte daher um nochmalige Zustellung (act. 28). In der Folge sandte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Einschreiben vom 20. April 2015 eine Kopie des Urteils und hielt dabei fest, der Entscheid sei bereits am 9. März versandt worden. Ihrer Auffassung nach habe jene Zustellung die Frist zur Ergreifung des Rechtsmittels ausgelöst. Darüber hätte jedoch das Obergericht zu befinden (act. 29).

2.6. Mit Eingabe vom 28. April 2015 (Datum Poststempel: 28. April 2015) erhob die Beschwerdeführerin gegen das Urteil des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 3. Februar 2015 (act. 24 = act. 31 = act. 34) bei der Kammer Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 32):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 3. Februar 2015 (Geschäfts-Nr. ER140220-L) ist gesamthaft aufzuheben und es ist auf das Ausweisungsbegehren der Gegenpartei nicht einzutreten bzw. dieses ist abzuweisen.
2. Dieser Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Die Kosten des Verfahrens sind der Gegenpartei aufzuerlegen."

2.7. Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt, dem Beschwerdegegner Frist zur Stellungnahme hiezu angesetzt und von der Beschwerdeführerin ein Kostenvorschuss von Fr. 1'150.– einverlangt (act. 35). Diesen bezahlte sie rechtzeitig am 13. Mai 2015 ein (act. 36/1 und act. 39).

2.8. Am 4. Mai 2015 überbrachte die Beschwerdeführerin der Kammer unaufgefordert ein Schreiben sowie verschiedene Beilagen als act. 38/1-7. Ebenso gingen am 25. Juni 2015 bei der Kammer weitere Dokumente der Beschwerdeführerin ein (act. 44/1-4).

2.9. Rechtzeitig, gestützt auf die Verfügung vom 1. Juni 2015 (act. 40), reichte der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 19. Juni 2015 die Beschwerdeantwort ein (act. 41/2) und beantragte, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beschwerdeführerin (act. 42).

2.10. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 132 I 45 Erw. 3.3; BGE 133 I 99 f., vgl. auch ZR 111 Nr. 56) wurde der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort zur Kenntnisnahme zugestellt, womit der Schriftenwechsel abgeschlossen ist (act. 43). Die Beschwerdeführerin kommentierte die Beschwerdeantwort nicht, sondern belies es beim Einreichen der genannten Unterlagen vom 25. Juni 2015 (act. 44/1-4). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-29). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### 3. Prozessuales

3.1. Die Vorinstanz hat den Streitwert ihres Verfahrens unter Hinweis auf die Praxis zutreffend nach Massgabe des Bruttomietzinses für eine Verfahrensdauer von 6 Monaten bis zur effektiven Ausweisung, konkret auf Basis des monatlichen Bruttomietzinses von Fr. 1'434.– auf total Fr. 8'604.–, berechnet (act. 4/1). Da der Streitwert unter Fr. 10'000.– liegt, ist gegen den angefochtenen Entscheid einzig die Beschwerde zulässig (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO).

3.2. Die Beschwerde ist innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist nach Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Geltend gemacht werden können unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids geht (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N 3 zu Art. 326 ZPO). Soweit die Beschwerdeführerin also Noven geltend macht, sind diese unabhängig von ihrer Relevanz in der Sache nicht zu berücksichtigen. Dazu gehören insbesondere ihre Korrespondenz mit der Verwaltung und der Staatsanwaltschaft (act. 38/2-7), ihre Ausführungen zur Nationalität der Nachbarn (act. 37) sowie die nachgereichten Fotos (act. 38/1 und act. 44/4). All dies hätte sie vor Vorinstanz vorbringen bzw. einreichen müssen. Jetzt ist sie verspätet.

### 4. Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde

4.1. Gemäss Art. 59 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch nur ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Diese sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Gleiches gilt für die Rechtsmittelinstanz. Damit auf ein Rechtsmittel eingetreten wird, wird (unter anderem) verlangt, dass das Rechtsmittel rechtzeitig innert der gesetzlichen Frist erhoben wurde. Für die Beschwerde sind dies 10 Tage ab Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

4.2. Wie ausgeführt, wurde das angefochtene Urteil am 9. März 2015 per Gerichtsurkunde an die Parteien versandt. Die Beschwerdeführerin nahm gemäss ih-

ren eigenen Angaben jedoch erst am 23. April 2015 Kenntnis davon – nachdem ihr die Vorinstanz das Urteil auf Verlangen zusätzlich noch per Einschreiben zugestellt hatte (act. 28 und act. 29 = act. 34). Die Zustellung vom 9. März 2015 klappte offenbar deshalb nicht, weil die Beschwerdeführerin gemäss Angaben der Post an der D.\_\_\_\_-strasse in Zürich erneut nicht ermittelt werden konnte (act. 27). Ob ein Weiterleitungsauftrag an die Postlageradresse bestand oder nicht und die Gerichtsurkunde deshalb nicht zugestellt wurde, lässt sich der Sendungsverfolgung nicht klar entnehmen (act. 45/1). Jedenfalls ist vor dem genannten Hintergrund die Frage zu klären, ob die von der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. April 2015 (act. 32) bei der Kammer erhobene Beschwerde rechtzeitig innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist von Art. 321 Abs. 2 ZPO erfolgte:

4.2.1. Zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde hält die Beschwerdeführerin dafür, sie verfüge bereits seit dem 1. Oktober 2014 über eine Postlageradresse. Sie habe nie Kenntnis von einem Zustellversuch der Vorinstanz im März 2015 gehabt, denn sie habe weder eine Abholungseinladung erhalten, noch habe sie die Entgegennahme von Gerichtspost verweigert. Aufgrund des bisherigen Verhaltens der Vorinstanz – diese habe ihr sowohl die Verfügung vom 10. Oktober 2014, mit der ihr eine Frist von zwanzig Tagen zur Stellungnahme zum Ausweisungsgesuch angesetzt worden sei als auch die Vorladung zur Verhandlung vom 3. Februar 2015 über den Stadtmann zustellen lassen – habe sie darauf vertrauen dürfen, wichtige Gerichtspost weiterhin per Stadtmannamt zugestellt zu erhalten. Sie gehe davon aus, dass die Vorinstanz diesen Zustellweg gewählt habe, weil sie von der Postlagerung gewusst habe. Als Gerichtsinstantz müsse die Vorinstanz auch wissen, dass eine Zustellung per Gerichtsurkunde an Postlageradressen nicht möglich sei. Insofern hätte ihr die Vorinstanz das Urteil wiederum über das Stadtmannamt oder sodann per Einschreiben zustellen sollen. Dies habe bislang ja immer geklappt. Jedenfalls habe die Vorinstanz Art. 138 ZPO verletzt bzw. falsch angewendet.

4.2.2. Der Beschwerdegegner vertritt die Auffassung, die Beschwerde sei nicht innert der gesetzlichen Frist von 10 Tagen im Sinne von Art. 321 Abs. 2 ZPO erfolgt, weshalb auf sie nicht einzutreten sei. Das Urteil sei an die in der Kopfzeile der Stel-

lungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. November 2014 aufgeführte Adresse (A.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-strasse, Zürich) versandt worden, womit die Vorinstanz ohne Weiteres berechtigt gewesen sei, sämtliche Gerichtspost an diese von der Beschwerdeführerin selbst angegebene Adresse zu schicken. Durch die Angabe der genannten Adresse (statt der Postlageradresse) habe die Beschwerdeführerin bewusst in Kauf genommen, dass ihr die Vorinstanz keine Vorladungen, Verfügungen und Entscheide (per Gerichtsurkunde) zustellen könne. Wenn eine Partei bewusst oder grobfahrlässig eine falsche oder nicht korrekte Adresse angebe, verdiene dies keinen Rechtsschutz. Parteien seien verpflichtet, Adressänderungen während eines laufenden Verfahrens dem Gericht mitzuteilen. Werde dies nicht getan, gelte eine Zustellung an die letzte bekannte Adresse als gültig erfolgt. Folglich komme die Fiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zum Tragen, womit das vorinstanzliche Urteil vom 3. Februar 2015 spätestens als am 17. April 2015 zugestellt gelte. Die von der Beschwerdeführerin erst am 28. April 2015 erhobene Beschwerde sei offensichtlich zu spät eingereicht worden, weshalb auf sie nicht einzutreten sei (act. 42 S. 2 ff.).

4.2.3. Die Vorinstanz stellte der Beschwerdeführerin das Urteil vom 3. Februar 2015 zunächst zweimal per Gerichtsurkunde zu. Da Gerichtsurkunden nicht an eine Postlageradresse nachgesandt werden dürfen (vgl. Broschüre "Briefe Schweiz" der Post [Ausgabe Februar 2008] S. 25 und [www.post.ch/de/geschaefftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/gerichtsurkunden?wt\\_shortcut=gerichtsurkunden&WT.mc\\_id=shortcut\\_gerichtsurkunden](http://www.post.ch/de/geschaefftlich/versenden-und-transportieren/briefe-inland/gerichtsurkunden?wt_shortcut=gerichtsurkunden&WT.mc_id=shortcut_gerichtsurkunden), Stand: 10.07.2015), retournierte die Post diese Sendungen, wobei sie als Grund nicht das Verbot der Postlagerung von Gerichtsurkunden angab, sondern die nicht erfolgreiche Ermittlung der Empfängerin unter der angegebenen Adresse. Ob zu jenem Zeitpunkt, wie von der Beschwerdeführerin angeführt, das Briefkastenschild überklebt, verschmutzt oder in anderer Weise unleserlich war (act. 32 S. 2) oder ob ein direkter Weiterleitungsauftrag an die Postlageradresse bestand, ist nicht klar, kann aber wie nachstehend aufzuzeigen ist, offen bleiben:

4.2.3.1. Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO erfolgt die Zustellung von Entscheiden durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung. Damit besteht die förmliche Zustellung stets in einer Übergabe der gerichtli-

chen Sendung gegen Empfangsbestätigung (BBI 2006 7307). Auf welche Weise das Gericht dies bewerkstelligt, ist gleichgültig. Das Gericht kann sich daher der Post, einer Weibelin, eines Stadt- oder Gemeindeammanns und soweit nötig auch der Polizei bedienen (Art. 128 Abs. 2 ZPO). Vorliegend hat sich die Vorinstanz für die Zustellung des Urteils vom 3. Februar 2015 – entgegen der beiden letzten Zustellungen während dem laufenden Verfahren – der Post bedient. Da die Beschwerdeführerin ihre Post lagern lässt, war die Zustellung per Gerichtsurkunde nicht die Zustellungsweise, welche sie erreichen konnte. Damit ist auch von vornherein klar, dass die zweite wieder per Gerichtsurkunde erfolgte Zustellung die Beschwerdeführerin erneut nicht erreichte.

4.2.3.2. In der Regel wird bei einer *ingeschriebenen Postsendung* bei Nichtantreffen des Empfängers demselben eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt. Holt der Empfänger diese Sendung nicht bei der Poststelle ab, gilt die Sendung als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, sofern der Empfänger mit der Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Als erfolgloser Zustellungsversuch gilt der Zeitpunkt, an welchem die Abholungseinladung in den Briefkasten oder ins Postfach gelegt wird. Es obliegt damit dem Zustellungsempfänger, welcher Kenntnis vom Verfahren hat, bei Abwesenheit für das Abholen der Postsendung besorgt zu sein. Die siebentägige Frist gilt auch bei Zurückbehaltungsaufträgen des Empfängers (KUKO ZPO-Weber, N 7 zu Art. 138 ZPO mit Verweis auf BGE 123 III 492 E. 1; BGE 134 V 49; BSK BGG-Amstutz/Arnold, N 36 zu Art. 44 BGG). Anders liegt der Sachverhalt jedoch vorliegend. Die Beschwerdeführerin konnte in Anbetracht der Zustellung des Urteils vom 3. Februar 2015 als Gerichtsurkunde gar keine Kenntnis über den Entscheid erlangen, da sie aufgrund ihrer eingerichteten Postlageradresse keine Abholungseinladung erhielt. Damit kann auch nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe die Sendung, mit der sie angesichts des laufenden Verfahrens habe rechnen müssen, nicht abgeholt, womit die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greife (käme diese zum Tragen, betrüge die Frist gleich wie bei der Postfach- bzw. Briefkastenzustellung sieben Tage von der Zustellung an, wobei die Sendung als im Zeitpunkt ihres Einganges beim Postamt am Wohnsitz des Adressaten [und damit Empfängers] zugestellt [d.h. angezeigt bzw. mitgeteilt] gilt [BGer 7B.164/2005; BSK

ZPO-Gschwend/Bornatico, 2. A., Basel 2013, N 19 f. zu Art. 138 ZPO]). Weshalb die Vorinstanz nach der unverzüglichen Rücksendung des Urteils durch die Post am 11. März 2015 darauf verzichtete, der Beschwerdeführerin das Urteil eingeschrieben (mit Rückschein) zuzustellen, ist nicht bekannt (act. 45/1-2).

4.2.3.3. Auf jeden Fall erhielt die Beschwerdeführerin erst zirka am 20. April 2015 Kenntnis vom Urteil und reagierte dann sofort, konkret am 28. April 2015 (act. 32). In Anbetracht der Tatsache, dass die Vorinstanz von der Postlageradresse gewusst haben muss, andernfalls sie nicht zweimal den Stadtammann beauftragt hätte, und sie der Beschwerdeführerin auch nie zu verstehen gab, dass eine Postlageradresse den Anforderungen des Gesetzes, namentlich mit Blick auf Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO, nicht genüge, ist es nicht sachgerecht, der Beschwerdeführerin, die Rechtzeitigkeit der am 28. April 2015 erhobenen Beschwerde abzusprechen. Insofern kann der Beschwerdeführerin weder eine Missachtung der Pflicht zur korrekten Adressangabe noch eine Verschleppung des Ausweisungsverfahrens vorgeworfen werden. Die Vorinstanz wäre in der konkreten Situation gehalten gewesen, der Beschwerdeführerin den Endentscheid in einer bisher erfolgreich verlaufenen Variante zuzustellen. Damit erfolgte die Beschwerde rechtzeitig innert der 10-tägigen Frist.

## 5. Rechtsschutz in klaren Fällen

5.1. Das Einzelgericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtsklage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Kein materieller Entscheid ergeht, wenn das Gericht auf das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen nicht eintreten kann, weil die Voraussetzungen für ein solches Verfahren fehlen, namentlich der Sachverhalt nicht liquid ist oder kein klares Recht vorliegt. In einem solchen Fall ist der Streitgegenstand noch nicht abgeurteilt und es obliegt dem Gesuchsteller, einen ordentlichen Prozess anzustreben (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lötscher, N 31 zu Art. 257). Es ist auch Sache des Gesuchstellers, den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen des Begehrens erfüllt sind, wobei der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beweisstrengebeschränkung unterliegt; es ist der volle Beweis zu erbringen. Bestreitet der Gesuchsgegner die vom Gesuchsteller behaupteten Tatsachen, trifft den Gesuchs-

gegner lediglich eine Behauptungslast. Entsprechend muss er seine Einwendungen nicht glaubhaft machen. Dies hat zur Folge, dass der Gesuchsteller zusätzlich die Beweislast für den Nichtbestand von rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (vgl. KUKO SchKG-Jent-Sørensen, N 11 zu Art. 257 ZPO). Jedoch reichen offensichtlich unbegründete bzw. haltlose Behauptungen seitens des Gesuchsgegners nicht aus, um das Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen abzuwenden (vgl. ZR 2008 Nr. 13).

5.2. Materiell-rechtliche Grundlage der Ausweisung bildet Art. 641 Abs. 2 ZGB. Der Eigentümer einer Sache hat das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf sein Eigentum abzuwehren. Dies gilt auch für den Eigentümer einer Liegenschaft, welcher berechtigt ist, die Ausweisung einer Person zu verlangen, die unerlaubterweise in der Liegenschaft wohnt. Die sogenannte Eigentumsfreiheitsklage kann jedoch nur erfolgreich erhoben werden, wenn es sich um eine ungerechtfertigte Einwirkung auf das Eigentum handelt. Ein noch laufender gültiger Mietvertrag würde der Ausweisung entgegen stehen.

Zwar reichte der Beschwerdegegner (und Gesuchsteller) der Vorinstanz keinen Grundbuchauszug ein, doch darf mangels anderweitiger Hinweise davon ausgegangen werden, dass er Eigentümer des Mietobjekts ist. Seine zu vermutende Eigentümerstellung wurde von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten, weshalb es diesbezüglich keiner weiteren Ausführungen bedarf. Als Eigentümer ist er berechtigt, die Ausweisung einer Person zu verlangen, die unerlaubterweise in der Liegenschaft wohnt.

5.3. Unerlaubt wird eine Liegenschaft dann bewohnt, wenn kein gültiger Rechtstitel vorliegt bzw. das Mietverhältnis rechtsgültig aufgelöst ist. Zwar kann das Begehren, die Kündigung des Beschwerdegegners sei für ungültig zu erklären, lediglich im Rahmen eines Verfahrens betreffend Anfechtung der Kündigung im Sinne von Art. 271 f. OR geltend gemacht werden, welches die Beschwerdeführerin nicht eingeleitet hat, doch kann ein Mieter, der die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung nicht separat (im mietrechtlichen Schlichtungsverfahren bzw. beim Mietgericht) angefochten hat, im Ausweisungsverfahren deren Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit geltend machen. Die Rüge dieser Mängel ist nicht von einer förmlich erfolg-

ten gerichtlichen Anfechtung im Sinne der Art. 271 ff. OR abhängig (vgl. ZR 2011 Nr. 54).

5.3.1. Vorliegend ist unbestritten, dass die C. \_\_\_\_\_ AG der Beschwerdeführerin im Namen des Beschwerdegegners am 11. April ordentlich unter Verwendung des amtlichen Formulars per 30. September 2014 kündigte (act. 4/2.1). Während die Beschwerdeführerin erstinstanzlich noch geltend machte, der Beschwerdegegner habe keinen Nachweis dafür erbracht, dass sich das Kündigungsschreiben je in ihrem Machtbereich befunden habe, was die Vorinstanz gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur absoluten Empfangstheorie nicht gelten liess (act. 32 S. 4 f.), ist dieser Punkt in der Beschwerde nicht mehr angefochten.

5.3.1.1. Hingegen beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe das Verfahrensrecht des Rechtsschutzes in klaren Fällen verletzt, indem sich der Beschwerdegegner zweimal beliebig (einmal in seiner Klageschrift vom 8. Oktober 2014 und einmal anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar 2015) habe zur Sache äussern können. Die Vorinstanz habe sich jedoch für das schriftliche Verfahren entschieden, womit die Klagebegründung abschliessend zu erstatten sei. Insofern gehe es nicht an, dass sich der Beschwerdeführer anlässlich der genannten Verhandlung nochmals zum von ihr in ihren Stellungnahmen vom 14. November 2014 (act. 11) und vom 29. Februar 2015 (act. 21) erhobenen Vorwurf, er habe den Beweis nicht erbracht, dass sich im behaupteten Einschreibe-Couvert tatsächlich die Kündigung vom 11. April 2014 befunden habe, habe äussern und das Originalcouvert habe einreichen können. Dies hätte er zusammen mit seiner Klageschrift einreichen müssen (act. 11 S. 2 f. und act. 21 S. 2 f.). Die an der Verhandlung vom 3. Februar 2015 erfolgte Vorlage des Originalcouverts (act. 23/1) sei verspätet und hätte nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Dadurch habe die Vorinstanz den Sachverhalt zu Unrecht und in Verletzung von Art. 257 ZPO als voll erstellt und liquid angesehen. Es sei im vorliegenden Verfahren jedoch unzulässig, Sachverhalts- und Beweisabklärungen vorzunehmen (act. 32 S. 4 ff.).

5.3.1.2. Die gleiche Argumentation verfolgt die Beschwerdeführerin auch bezüglich ihres Vorwurfs, die Vorinstanz hätte es im Lichte von Art. 257 ZPO nicht zulassen dürfen, dass der Beschwerdegegner erst anlässlich der Verhandlung vom 3. Februar ausführte bzw. klärte, dass das amtliche Kündigungsformular vom 11. April 2014 nebst von E. \_\_\_\_\_ auch von F. \_\_\_\_\_ unterzeichnet worden sei und dass dieser bereits seit dem 1. Dezember 2004 über eine Handlungsvollmacht verfüge. Die Beschwerdeführerin ist mit anderen Worten der Auffassung, dass der Beschwerdeführer im Nachgang zur Klageschrift keine Gelegenheit mehr hätte erhalten dürfen, den von ihr erhobenen Vorwurf zu klären und die entsprechende Vollmacht als act. 23/2 einzureichen (act. 32 S. 6). Dass die Kündigung unter Verwendung des amtlichen Formulars von zwei zeichnungsberechtigten Personen unterschrieben wurde, ist in der Beschwerde nicht mehr bestritten. Beanstandet wird vielmehr, dass die Vorinstanz die eingereichte Bevollmächtigung zum Beweis der korrekten Unterzeichnung der Kündigung nach Eingang der Klageschrift noch zuließ bzw. berücksichtigte.

5.3.2. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin erweisen sich allesamt als unbegründet:

Gemäss Art. 248 lit. b ZPO ist das summarische Verfahren anwendbar für den Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO). Hierbei wird das Verfahren durch ein Gesuch eingeleitet (Art. 252 ZPO) und das Gericht gibt der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen, sofern das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist (Art. 253 ZPO). Die Beschwerdeführerin erhielt gesetzeskonform die Möglichkeit, sich zum Ausweisungsgesuch zu äussern, was sie mit Schreiben vom 14. November 2014 und vom 29. Februar 2015 (act. 11 und act. 21) tat. Dass die Vorinstanz die Parteien sodann zu einer Verhandlung vorlud und damit dem Beschwerdegegner Gelegenheit gab, sich zu den Vorbringen in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu äussern, zu denen sich der Beschwerdegegner bisher noch nicht vernehmen liess bzw. vernehmen lassen konnte, stellte entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Verletzung von Art. 257 ZPO dar. Weder wird hierdurch der Sachverhalt in unzulässiger Weise abgeklärt noch die Beweislage in unzulässiger Weise verän-

dert. Die Verfahrensleitung liegt innerhalb des Rahmens des Gesetzes beim Gericht. Insofern ist es auch im Ermessen des Gerichts, ob es nach einer Stellungnahme des Gesuchsgegners im Rechtsschutz in klaren Fällen noch zu einer Verhandlung im Sinne einer mündlichen Fortsetzung der Verhandlung vorlädt oder nicht. Weder der Rechtsprechung noch dem Schrifttum lassen sich gegenteilige Stimmen entnehmen. Das Bundesgericht äusserte sich bislang noch nie zur Mindestzahl von Parteivorträgen bzw. Stellungnahmen. Jent-Sørensen nennt denn auch explizit die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung nach erfolgtem Schriftenwechsel (KUKO-ZPO/Jent-Sørensen, N 2 und N 4 zu Art. 253). Es wäre ebenfalls zulässig gewesen, dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu den genannten Vorbringen zu geben. Daraus erhellt gleichzeitig, dass auch die anlässlich der Verhandlung eingereichten Beweismittel berücksichtigt werden dürfen. Diese beziehen sich allesamt auf die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände und können als Urkunden sofort gewürdigt werden (Art. 254 Abs. 1 ZPO).

Die Ansicht, dass Replik und Duplik im Verfahren nach Art. 257 ZPO entfallen, ist aber auch deshalb verfehlt, weil die Gerichte zur Wahrung des rechtlichen Gehörs verpflichtet sind, indem sie den Parteien Gelegenheit geben müssen, sich zu den (neuen) Vorbringen der Gegenseite zu äussern (was aber nicht heisst, dass dies stets mit einem formellen Verfahrensschritt zu geschehen hat, vgl. dazu BGE 132 I 46 f.). Dieser Anspruch gründet in Art. 29 BV. Vorliegend brachte die Beschwerdeführerin mehrere Einwände (Nachweis des Inhalts des Couverts und fehlende Bevollmächtigung von F.\_\_\_\_\_ zur Unterzeichnung der Kündigung) vor, zu welchen dem Beschwerdegegner – im Lichte der Wahrung des rechtlichen Gehörs – zwingend Gelegenheit gegeben werden musste, sich zu äussern. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, gelang es dem Beschwerdegegner ohne Weiteres, die Einwendungen mittels geeigneter Urkunden zu entkräften (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Sie erwiesen sich allesamt als haltlos. Dass die Beschwerdeführerin nicht an der Verhandlung vom 3. Februar 2015 teilnahm und damit freiwillig auf eine weitere Stellungnahme verzichtete, hat sie selbst zu verantworten. Entscheidend ist einzig, dass sie die Möglichkeit hiezu gehabt hätte und sie nichts vorbrachte, was sie an

der Teilnahme der Verhandlung gehindert hätte. Die Vorladung durch das Stadtmannamt ging ihr unbestritten und rechtzeitig zu.

## 6. Fazit

6.1. Damit hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift nichts Stichhaltiges vorgebracht, weswegen der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorzuwerfen wäre (vgl. Art. 320 ZPO). Der Mietvertrag ist wie gesehen gültig aufgelöst und die Beschwerdeführerin hält sich gegenwärtig ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf. Ob sie die Mietzinsen rechtzeitig bezahlte oder nicht, ist nicht relevant. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Weil die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren unterliegt, sind ihr gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO die Prozesskosten aufzuerlegen. Diese bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert bildet Berechnungsgrundlage für die Festsetzung der Prozesskosten. Geht es alleine um eine Ausweisung, ist auf die mutmassliche Dauer des Verfahrens abzustellen, welche bei liquiden Verhältnissen in der Regel sechs Monate nicht übersteigt. Dies gilt auch für die zweitinstanzliche Streitwertberechnung. Ausgehend davon ist der Streitwert in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf Fr. 8'604.– zu schätzen, basierend auf dem Bruttomietzins von Fr. 1'434.–.

Danach ergibt sich eine ordentliche Gerichtsgebühr von Fr. 1'555.– (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Diese ist gestützt auf § 4 Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG (summarisches Verfahren) um einen Drittel auf Fr. 1'150.– zu reduzieren.

7.2. Aufgrund ihres Unterliegens ist die Beschwerdeführerin weiter zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine angemessene Parteientschädigung für die Erstellung der Beschwerdeantwort zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b ZPO). Ausgehend vom genannten Streitwert ergibt sich gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV eine ordentliche Anwaltsgebühr von Fr. 2'080.–. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 und 3, § 9 und § 13 Abs. 1 und Abs. 4 AnwGebV

auf Fr. 832.– (zuzüglich 8% MwSt.) bzw. auf insgesamt Fr. 900.– zu reduzieren. Der zweitinstanzliche anwaltliche Aufwand war geringer als der erstinstanzliche.

7.3. Der erforderliche Streitwert von Fr. 15'000.– für die bundesgerichtliche Beschwerde (Art. 51 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) ist vorliegend nicht erreicht, wobei über die Zulässigkeit einer allfälligen Beschwerde nicht die Kammer, sondern das Bundesgericht selbst entscheiden würde (vgl. dazu Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'150.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von total Fr. 900.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

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. 8'604.–  
(und damit weniger als Fr. 15'000.–).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am:  
17. Juli 2015