

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF170013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## **Beschluss und Urteil vom 9. März 2017**

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (Mieterin),

vertreten durch Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_

gegen

**Erbengemeinschaft des B.**\_\_\_\_\_ **sel.**, bestehend aus:

a) **C.**\_\_\_\_\_,

b) **D.**\_\_\_\_\_,

Gesuchstellerinnen und Beschwerdegegnerinnen (Vermieterinnen),

a, b vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend

### **Rechtsschutz in klaren Fällen / Ausweisung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 20. Februar 2017 (ER170011)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am 23. August 2004 mietete die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin als Mieterin (nachfolgend Mieterin genannt) von B.\_\_\_\_\_ eine 3-Zimmerwohnung im 1. OG an der E.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in 8046 Zürich zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'486.-. Vereinbarter Mietbeginn war der 1. Oktober 2004 (act. 4/1). Per 1. April 2008 wurde der Mieterin eine Erhöhung der Bruttomiete auf Fr. 1'619.- angezeigt (act. 4/2).

1.2 Mit Einschreiben vom 13. Oktober 2016 wurde bei der Mieterin der für den Monat Oktober 2016 ausstehende Mietzins von Fr. 1'619.- gemahnt, eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt und für den Fall der Nichtbezahlung der ausstehenden Forderung innert Frist die ausserordentliche Kündigung nach Art. 257d OR angedroht (act. 4/5). Dieses Einschreiben wurde der Mieterin am 14. Oktober 2016 zugestellt (act. 4/5 S. 2 f.).

1.3 Am 23. November 2016 liess die Erbengemeinschaft des B.\_\_\_\_\_ sel., bestehend aus den beiden Gesuchstellerinnen und Beschwerdegegnerinnen (nachfolgend Vermieterinnen genannt), das mit der Mieterin bestehende Mietverhältnis auf dem amtlich genehmigten Formular per 31. Dezember 2016 kündigen, wobei als Begründung Art. 257d OR genannt wurde (act. 4/6). Die eingeschriebene Sendung wurde nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vermieterinnen retourniert (act. 4/6 S. 3).

2.1 Am 16. Januar 2017 liessen die Vermieterinnen beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich, Audienz (nachfolgend Vorinstanz), ein Ausweisungsbegehren gegen die Mieterin anhängig machen und die folgenden Anträge stellen (act. 1 S. 2):

- " 1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die 3-Zimmer-Wohnung im 1. OG rechts mit zugehörigem Keller- und Estrichabteil in der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ -Strasse ..., 8046 Zürich, unverzüglich zu räumen und

den Gesuchstellerinnen ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.

2. Das Stadtmannamt Zürich 11 sei anzuweisen, auf Verlangen der Gesuchstellerinnen die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Mit Verfügung vom 17. Januar 2017 setzte die Vorinstanz der Mieterin Frist zur Stellungnahme hierzu an (act. 5). Innert erstreckter (vgl. act. 9) Frist liess die Mieterin eine entsprechende Stellungnahme einreichen und stellte darin die folgenden Anträge (act. 11 S. 2):

" Die Anträge der Gesuchstellerinnen seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Für den Fall, dass die Ausweisung bewilligt werden sollte, stellt die Gesuchsgegnerin folgende Gegenrechtsbegehren:

1. Die Gesuchsgegnerin sei nicht zu verpflichten, die 3-Zimmer-Wohnung im 1. OG rechts mit zugehörigem Keller- und Estrichabteil in der Liegenschaft zu räumen und kurzfristig abzugeben.
2. Das Stadtmannamt Zürich 11 sei abzuweisen die Verpflichtung zu vollstrecken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerinnen."

2.2 Mit Urteil vom 20. Februar 2017 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Vermieterinnen gut und verpflichtete die Mieterin, die streitgegenständliche Wohnung zu räumen und den Vermieterinnen ordnungsgemäss zu übergeben. Zudem wies sie das Stadtmannamt Zürich 11 an, Ziff. 1 des mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheides auf Verlangen der Vermieterinnen zu vollstrecken (act. 13 = act. 16 = act. 18, nachfolgend zitiert als act. 16).

3. Gegen diesen Entscheid liess die Mieterin mit Eingabe vom 3. März 2017 (Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 14b) Beschwerde erheben und folgende Beschwerdeanträge stellen (act. 17 S. 2):

- " 1. Den Entscheid des Bezirksgerichts des Kantons Zürich vom 20. Februar 2017 sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Räumung der Wohnung an der E. \_\_\_\_\_ - Strasse ..., in 8046 Zürich unzulässig ist.

3. Die Erteilung der Schonfrist/Erstreckung sei bis 16. Juli 2017 anzuordnen.
4. Es sei festzustellen, dass das Stadtmannamt Zürich 11 die Verpflichtung zu vollstrecken sei abzuweisen.
5. Es sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-14). Da sich die Beschwerde – wie nachfolgend noch darzulegen sein wird – sofort als offensichtlich unbegründet erweist, kann gestützt auf Art. 322 Abs. 1 ZPO auf die Einholung einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden. Das Gesuch der Mieterin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 17 S. 2) wird mit Erlass des vorliegenden Endentscheidendes obsolet. Das Verfahren erweist sich deshalb heute in allen Belangen als spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist zu begründen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass sich die Beschwerde führende Partei mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und genau aufzeigen muss, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet, respektive weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Beschwerde führenden Partei unrichtig sein soll. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf eine Beschwerde nicht eingetreten (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. OGer ZH PF130050 vom 25. Oktober 2013, E. II./2.1; vgl. etwa BK ZPO-STERCHI, Bd. II, Bern 2012, Art. 321 N 18 und 22). Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Neue Anträge und insbesondere neue Tatsachenbehauptungen sind deshalb ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).
2. Die Mietsache ist vom Mieter nach Auflösung des Mietverhältnisses an den Vermieter zurückzugeben (Art. 267 OR). Voraussetzung für den Rückgabean-

spruch des Vermieters ist somit die gültige Auflösung des Mietverhältnisses, welche im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 S. 166 ff., S. 168). Den ihm zustehenden Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch kann der Vermieter dabei insbesondere auch im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO geltend machen, wobei das Gericht den entsprechenden Rechtsschutz dann gewährt, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Fehlt es an klarem Recht oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen, so ist das Begehren illiquid und das Gericht tritt darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

2.1 Die Vermieterinnen haben das von ihnen gestellte Ausweisungsverfahren vorinstanzlich damit begründet, dass das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis durch die am 23. November 2016 wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene ausserordentliche Kündigung per Ende Dezember 2016 beendet worden sei, die Mieterin das Mietobjekt jedoch noch nicht geräumt habe (act. 1). Die Mieterin hat vorinstanzlich einzig geltend gemacht, ein Umzug und ein damit verbundener Schulwechsel sei für ihren 13-jährigen Sohn, welcher derzeit die 2. Sekundarschule der ...schule besuche, nicht von Vorteil, weshalb sie um Erstreckung des Mietverhältnisses bis mindestens Ende des Schuljahres, mithin bis Ende Juli 2017, ersuche. Sodann wäre ein sofortiger Auszug aus der Wohnung für sie und ihren Sohn mühsam; sie seien sehr glücklich und sehr zufrieden in diesem Quartier und würden über viele Freunde in der Nachbarschaft verfügen. Schliesslich brachte die Mieterin vor, sie sei arbeitstätig und würde sich verpflichten, ab sofort den Mietzins pünktlich zu bezahlen (act. 11).

2.2 Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid zunächst in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der von den Vermieterinnen vorgetragene Sachverhalt – insbesondere hinsichtlich des im Zeitpunkt der Kündigungsandrohung bestehenden Zahlungsausstandes sowie der Nichtbezahlung dieses Ausstandes innert der mit Kündigungsandrohung vom 13. Oktober 2016 angesetzten Zahlungsfrist – unbestritten geblieben sei (act. 16 S. 3, E. 2.1). Weiter hat die Vorinstanz die Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung im Sinne von Art. 257d OR zutreffend dargelegt, weshalb an dieser Stelle zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen da-

rauf verwiesen werden kann (vgl. act. 16 S. 3 f., E. 2.2). Für den konkreten Fall hat sie sodann erwogen, dass die Vermieterinnen die Frist- und Formerfordernisse einer derartigen Zahlungsverzugskündigung mit der Kündigungsandrohung vom 13. Oktober 2016 sowie der Kündigung vom 23. November 2016 erfüllt hätten, weshalb das Mietverhältnis gültig per 31. Dezember 2016 aufgelöst worden sei (act. 16 S. 4, E. 2.2). Entsprechend sei der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar, weshalb dem Ausweisungsantrag der Vermieterinnen stattzugeben sei (act. 14 S. 4, E. 3).

Weiter führte die Vorinstanz aus, die Mieterin ersuche in ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 2017 sinngemäss um Gewährung einer Schonfrist bis Ende Juli 2017, da ihrem 13-jährigen Sohn ein Schulwechsel nicht zugemutet werden könne und ein Auszug zudem aufwändig und mühsam sei. Zwar könne – so die Vorinstanz weiter – das Gericht nach der Bundesgerichtspraxis im Sinne einer Vollstreckungsmodalität nach seinem Ermessen bestimmen, dass die Ausweisung erst nach einer kurzen Schonzeit vollzogen werde, um dem Mieter den freiwilligen Vollzug zu ermöglichen. Allerdings sei die von der Mieterin beantragte Schonfrist deutlich länger, als die im vom Bundesgericht beurteilten Fall BGer 4A\_391/2013 vom 17. Dezember 2013, in welchem das Bundesgericht mit Entscheidung vom 20. Dezember 2012 eine Schonfrist bis 31. Januar 2013 gewährt habe. Auch tue die Mieterin keine besonderen Gründe dar, die eine solche Schonfrist rechtfertigen würden. Insbesondere handle es sich bei der Erklärung der Mieterin, wonach sie sich verpflichten würde, den Mietzins ab sofort pünktlich zu bezahlen, um eine Selbstverständlichkeit und nicht um ein Argument für die beantragte Schonfrist. Schliesslich werde der Stadtammann im Rahmen der Vollstreckung eine kurze Auszugsfrist anzusetzen haben (act. 16 S. 4 f., E. 4.2).

3.1 In ihrer Beschwerdeschrift bringt die Mieterin zunächst vor, dass sie die Mietzinsen in den vergangenen Jahren aufgrund unpünktlicher Lohnzahlungen oftmals unpünktlich bezahlt habe, was den Vermieterinnen bekannt gewesen und von diesen geduldet worden sei; sie sei deshalb davon ausgegangen, dass die verspätete Mietzinszahlung für die Vermieterinnen in Ordnung gewesen sei (act. 17 S. 1 f.). Da die Mieterin diese Tatsachenbehauptung jedoch erstmals im

vorliegenden Verfahren vorbringt, kann sie von vornherein nicht berücksichtigt werden, sind doch – wie bereits erwähnt – neue Tatsachenbehauptungen im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Nur der Vollständigkeit halber ist deshalb anzufügen, dass die Mieterin es auch unterlässt, darzulegen, was sie aus dieser Tatsachenbehauptung, welche im Übrigen vollkommen unbelegt bleibt, in rechtlicher Hinsicht ableitet, wobei anzumerken ist, dass insbesondere die Fälle, in welchen eine aufgrund von Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, sehr restriktiv auszulegen sind, damit das Recht des Vermieters, den Mietzins bei Fälligkeit zu erhalten, nicht in Frage gestellt wird. Konkret kommt nach der Rechtsprechung eine Ungültigkeitserklärung nur dann in Frage, wenn der Vermieter vom Mieter unter Androhung der Kündigung einen viel höheren Betrag als den im Rückstand befindlichen verlangt hat, wenn er kündigt, bevor er Gewissheit erlangt hat, wie viel tatsächlich geschuldet ist, oder wenn der Zahlungsrückstand geringfügig ist oder kurz nach Ablauf der Zahlungsfrist bezahlt wurde, und der Mieter bis dahin den Mietzins immer pünktlich gezahlt hatte; ferner kann eine Treuwidrigkeit dann vorliegen, wenn der Vermieter den Vertrag erst lange nach Ablauf der Zahlungsfrist kündigt (BGE 140 III 591 E. 1, in: Pra104 (2015) Nr. 55). Keine dieser Ausnahmekonstellationen ist hier gegeben, weshalb eine allenfalls sinngemäss geltend gemachte Ungültigkeit – käme es denn darauf an – von vornherein ausser Betracht fallen würde.

3.2 Weiter führt die Mieterin – wie bereits vor Vorinstanz – aus, dass ein Umzug für sie und ihren Sohn einen persönlichen Härtefall darstelle, wobei sie im wesentlichen die bereits vorinstanzlich gemachten Ausführungen zu ihrer persönlichen sowie zur schulischen Situation ihres Sohnes wiederholt (vgl. act. 17 S. 3). Mit den diesbezüglichen – zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, wonach hier kein Aufschub der Vollstreckung des Ausweisungsentscheides (sog. Schonfrist) gewährt werden könne, da die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt seien, setzt sie sich dabei jedoch nicht auseinander und unterlässt es damit insbesondere, darzulegen, inwieweit der Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine offensichtliche falsche Feststellung des Sachverhaltes vorzuwerfen sei. Eine rechtsgenügende Begründung der Beschwerde liegt insoweit nicht vor. Nur der Vollständigkeit halber ist die Mieterin deshalb darauf hinzuweisen, dass eine

Schonfrist bei der Vollstreckung des Ausweisungsentscheides nur relativ kurz sein und insbesondere nicht zu einer Erstreckung des Mietverhältnisses führen darf (BGer 4A\_207/2014 vom 19. Mai 2014, Erw. 3.1 [übersetzt in MRA 2015 S. 54 und mp 2014 S. 251]), wobei die Mieterin im konkreten Fall bereits von einer faktischen Erstreckung des Mietverhältnisses um zweieinhalb Monate profitiert hat. Soweit die Mieterin in ihrer Beschwerde sodann geltend macht, die Vorinstanz habe aufgrund der von ihr vorgebrachten Härtegründe zu Unrecht keine Erstreckung des Mietverhältnisses geprüft bzw. angeordnet (vgl. act. 11 S. 3), verkennt sie, dass eine solche bei einer Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR von vornherein ausgeschlossen ist (Art. 272a lit. a OR).

Insgesamt ist die Beschwerde der Mieterin nach dem Gesagten deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

### III.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Mieterin beantragt für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 17 S. 4). Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, wenn eine Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt *und* ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Dabei obliegt es der gesuchstellenden Person, das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Gesuch insbesondere mittels umfassender Darlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Zwar reicht die Mieterin vereinzelt Belege zu ihren finanziellen Verhältnissen ein (vgl. act. 20/2-4 und 20/7-9), lässt es dabei aber bewenden und macht keinerlei Ausführungen dazu, inwiefern sich anhand dieser Belege ihre Mittellosigkeit ergibt. Eine eigentliche Darlegung der finanziellen Verhältnisse der Mieterin durch sie als Gesuchstellerin erfolgt deshalb nicht. Weiterungen zur Mittellosigkeit der Mieterin erübrigen sich vorliegend indes bereits deshalb, weil ihr Rechtsmittel als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden muss. So hat sie in ihrer Beschwerdeschrift lediglich unzulässige Noven vorgebracht bzw. die bereits vorinstanzlich gemachten Aus-

föhrungen wiederholt, ohne jedoch darzulegen, weshalb der Vorinstanz eine falsche Rechtsanwendung bzw. eine offensichtlich falsche Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen wäre. Das Gesuch der Mieterin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist deshalb abzuweisen.

2.1 Der Streitwert bestimmt sich im Ausweisungsverfahren danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 16. Januar 2017 (vgl. act. 1) war mit nicht mehr als sechs Monaten effektiver Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'619.– (vgl. act. 2/1) ergibt sich ein Streitwert von Fr. 9'714.–.

2.2 Die Entscheidgeböhr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. §§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1 und 3 sowie 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss wird die Mieterin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Vermieterrinnen ist mangels Umtrieben im zweitinstanzlichen Verfahren keine Parteient-schädigung zuzusprechen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeföhrerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeföhrerin wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerinnen und Beschwerdegegnerinnen unter Beilage einer Kopie von act. 17, sowie an das Einzelgericht des Bezirkes Zürich, Audienz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 9'714.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
10. März 2017