

# ZH\_OBERGERICHT PF180034 vom 29. August 2018

ZH Obergericht, 2018-08-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PF180034](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PF180034)

FR: ZH\_OBERGERICHT PF180034 du 29 août 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT PF180034 del 29 agosto 2018

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 5. Juli 2018 hiess das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil das Ausweisungsbegehren der D.\_\_\_\_\_ AG (Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte, nachfolgend Berufungsbeklagte) gut und verpflichtete 1. A.\_\_\_\_\_, 2. B.\_\_\_\_\_ und 3. C.\_\_\_\_\_ (Gesuchsgegner und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) die 4.5 Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss an der E.\_\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_\_, den Auto-abstellplatz 1 oben, E.\_\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_\_, sowie den Bastelraum Nr. 4, E.\_\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_\_ bis spätestens Dienstag, 31. Juli 2018, 12.00 Uhr zu räumen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 15 Dispositiv Ziffer 1). Das Stadtmannamt F.\_\_\_\_\_ wurde angewiesen, diesen Befehl auf Begehren der Gesuchstellerin zu vollstrecken (act. 15 Dispositiv Ziffer 2). Mit Eingabe vom 17. Juli 2018 (Poststempel) fochten A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ dieses Urteil an mit vorerwähntem Rechtsbegehren (act. 16 S. 2).

### E. 2

Mit Verfügung vom 31. Juli 2018 zeigte das Gericht den Parteien an, dass die Eingabe vom 17. Juli 2018 aufgrund des vorliegenden Streitwertes von Fr. 13'728.– (6 Monatsmietzinse à Fr. 2'288.–, vgl. act. 2/1-3) als Berufung entgegen genommen wurde. Auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde nicht eingetreten, da der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO, act. 18).

### E. 3

a) Die Berufungskläger beantragten unentgeltliche Prozessführung. b) Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat eine Person, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Berufung von Anfang an als aussichtslos, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen ist.

- 5 -

### E. 4

a) Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid u.a. aus, anlässlich der Verhandlung hätten die Gesuchsgegner anerkannt, die Mietzinszahlung vom März 2018 nicht innert 30 tägiger Nachzahlungsfrist beglichen zu haben und mit vier weiteren Mietzinszahlungen dieses Jahres in Verzug zu sein. Sie hätten weiter erklärt, trotz ernstlicher Suchbemühungen bis anhin keine neue Wohnung für ihre siebenköpfige Familie gefunden zu haben. Sie hätten sich diesbezüglich bereits an das Sozialamt gewandt (vgl. act. 10 f.). Die erklärenden

Vorbringen der Gesuchsgegner – so die Vorinstanz – blieben für das vorliegende Verfahren ohne Relevanz und das betroffene Mietverhältnis sei somit auf den 31. Mai 2018 rechtsgültig aufgelöst worden. Die Gesuchsgegner hätten die Mietobjekte ungeachtet der Kündigung bis heute nicht verlassen. Dem Ausweisungsbegehren sei deshalb zu entsprechen und den Gesuchsgegnern sei zu befehlen, die Mietobjekte bis spätestens Dienstag, 31. Juli 2018, 12.00 Uhr, zu räumen, zu verlassen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss zu übergeben (act. 15 Erw. 2.2 und 3). b) In ihrer Rechtsmitteleingabe rügen die Berufungskläger, die Vorinstanz habe bei der Festlegung der Ausweisungsfrist ihr Ermessen überschritten. Ausserdem sei das rechtliche Gehör verletzt worden. Das rechtliche Gehör verlange, dass auf die Argumente der Parteien ernsthaft eingegangen werde, soweit sie nicht offensichtlich unerheblich seien. Bei einer Ausweisung und der damit verbundenen Ansetzung einer Ausweisungsfrist seien sämtliche Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen. Diese Umstände seien von der Mieterschaft anlässlich der Verhandlung vorgebracht worden, von der Richterin jedoch pauschal als irrelevant abgetan worden. Für eine 7-köpfige Familie mit schulpflichtigen Kindern sei es nicht möglich, kurzfristig irgendwo bei Bekannten unterzukommen. Hinzu komme, dass die Familie aus Libyen stamme und demzufolge hier in der Umgebung von F.\_\_\_\_\_ auch kein entsprechendes soziales Netz habe. Auch verfüge die Familie nur über bescheidene finanzielle Mittel und müsse vom Sozialdienst F.\_\_\_\_\_ in Form von Übernahme der Mietkosten unterstützt werden. Die Familie sei daher auf eine günstige, für 7 Personen Platz bietende Wohnung angewiesen, was die Suche sehr erschwere. Auf diese Problematik gehe der ange-

- 6 - fochtene Entscheid mit keinem Wort ein. Darin liege eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Der Berufungskläger 1 arbeite als Taxifahrer bei der Firma G.\_\_\_\_\_ in H.\_\_\_\_\_ und verdiene knapp Fr. 5'000.– netto im Monat plus Kinderzulagen von CHF 1'150.–. Die Mutter sei nicht berufstätig. Das zur Deckung des Unterhalts der Familie fehlende Geld werde vom Sozialdienst F.\_\_\_\_\_ ausbezahlt. Auch diese besonderen Umstände seien von der Richterin nicht berücksichtigt worden, worin wiederum eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu sehen sei (act. 16 S. 2-3). Die Mahnung mit Betreibungsandrohung vom 13. März 2018 hätten sie nicht erhalten bzw. nicht abgeholt, da sie keinen Abholschein gehabt hätten. Ob dieser zwischen anderen Papieren verloren gegangen sei, oder was dazu geführt habe, dass sie ihn nicht erhielten, sei nicht bekannt. Da sie somit von der Mahnung keine Kenntnis gehabt hätten, seien sie durch die Kündigung vom 27. April per Ende Mai 2018 völlig überrascht worden. Versuche, mit der Vermieterin eine einvernehmliche Lösung zu finden, seien gescheitert. Auch das Schreiben des Sozialdienstes F.\_\_\_\_\_, in welchem dieser der Vermieterin garantiert habe, dass die laufenden Mieten ab Juni 2018 übernommen würden und geprüft werde, ob die Mietausstände ebenfalls bezahlt würden, habe zu keiner Lösung geführt. In der Folge hätten sich die Mieter intensiv um eine neue Wohnung bemüht, wobei sie jedoch nur Absagen erhalten hätten. Auch auf dieses Argument sei die Richterin nicht eingegangen. Der Sozialdienst der Stadt F.\_\_\_\_\_ verfüge über keine freie Wohnung, welche der Familie innert dieser kurzen Zeit zugewiesen werden könne. Auch in anderen Unterkünften bestehe zur Zeit kein genügender Wohnraum für eine Grossfamilie. Die Mieter seien daher darauf angewiesen, selber eine Wohnung zu finden, was innerhalb der gewährten Frist von 20 Tagen und den besonderen Umständen nicht möglich sei. Da die Bezahlung der Miete ab Juni vom Sozialdienst F.\_\_\_\_\_ garantiert worden sei, würde die Vermieterin bei einer Verlängerung der Auszugsfrist auch keinen finanziellen Schaden erleiden.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Richterin ihr rechtliches Gehör mehrfach verletzt habe, indem sie alle Argumente pauschal als irrelevant abgetan habe. Da diese Argumente wesentliche Gesichtspunkte für den

- 7 - Entscheid über die Länge der Ausweisungsfrist gewesen wären, habe die Richterin ihr Ermessen überschritten. Es sei ihnen eine angemessene Frist zur Räumung der Wohnung zu gewähren. Sie würden sich bemühen, so rasch als möglich eine Wohnung zu finden (act. 16 S. 3).

#### **E. 5**

a) Kommt ein Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen mit der Zahlung fälliger Mietzinse in Rückstand, stehen dem Vermieter die Rechtsbehelfe von Art. 257d Abs. 1 und 2 OR zur Verfügung. So kann der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und dem Mieter androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist (für Wohnung und Geschäftsräume mindestens 30 Tage) das Mietverhältnis gekündigt werde. Nach unbenütztem Fristablauf kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Hiefür ist das offizielle Formular gemäss Art. 266l Abs. 2 OR zu verwenden und bei der Kündigung einer Familienwohnung ist zusätzlich die separate Zustellung an den Ehegatten (bzw. eingetragenen Partner) erforderlich (Art. 266n OR). Der Ausweisungsrichter prüft vorfrageweise, ob form-, frist- und termingerecht gekündigt wurde (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2 Auflage, Art. 257 N. 18). Dies wurde von der Vorinstanz bejaht (act. 15 Erw. 2.1). b) Im vorinstanzlichen Verfahren wiesen die Berufungskläger auf ein hängiges Verfahren bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen hin (Protokoll Vorinstanz S. 6) und die Berufungsbeklagte reichte das gestellte Kündigungs-schutzbegehren vor Vorinstanz ein (act. 2/14). Die Berufungskläger begründeten ihr Schlichtungsbegehren mit der Nichtigkeit der Kündigung, da die Kündigung vor Ablauf der in der Kündigungsandrohung, erhalten am 16. April 2018, erwähnten Zahlungsfrist von 30 Tagen erfolgt sei (act. 2/14). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung hatte der Berufungskläger 1 erklärt, er wisse nicht, ob er die Mahnung vom März 2018 erhalten habe. Es herrsche eine gewisse Unordnung bei ihm. Er habe zumindest erst auf die Mahnung vom 12. April 2018 reagiert (Protokoll Vorinstanz S. 7). Mit Schreiben vom 23. Mai 2018 an die Berufungsbeklagte hatten die Berufungskläger unter Hinweis auf die Kündigungsandrohung vom 12. April 2018 "Protest

- 8 - gegen nichtige Kündigung" erhoben, mit der Begründung, die Zahlungsfrist sei im Zeitpunkt der Kündigung nicht abgelaufen (act. 2/12). Im Berufungsverfahren machten sie nun geltend, sie hätten die Mahnung vom 13. März 2018 nicht erhalten bzw. nicht abgeholt, da sie keinen Abholschein gehabt hätten (act. 16 S. 3 Ziff. 6). Ob die Berufungskläger mit ihren Ausführungen geltend machen wollen, die Kündigungsandrohung vom 13. März 2018 sei ihnen nicht korrekt zugestellt worden, kann offen gelassen werden. Diesbezüglich ist nämlich Folgendes festzuhalten:

#### **E. 6**

a) Das Mietrecht, insbesondere Art. 257d OR, enthält keine Vorschriften, was als Zustellung zu gelten hat. Es sind deshalb die allgemeinen Grundsätze über den Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen heranzuziehen. Im Zusammenhang mit der Zustellung der Kündigungsandrohung gilt die "eingeschränkte" Empfangstheorie (vgl. MRA 2007 S. 24 f., BGE 119 II 147). Dies führt dazu, dass für den Beginn des Fristenlaufs nicht auf den Zeitpunkt, in dem die Mitteilung in die Machtsphäre des Empfängers gelangt

ist, abzustellen ist, sondern der Tag massgebend ist, an dem der Mieter die Zahlungsaufforderung tatsächlich in Empfang genommen hat. Wer zur Empfangnahme berechtigt ist, wird nicht gesagt. Wird die Sendung nicht abgeholt, wird die Zustellung im Sinne einer Fiktion als am letzten Tag der postalischen Abholfrist von sieben Tagen als erfolgt angenommen (vgl. MRA 2007 S. 24 f). Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass den Berufungsklägern 1-2 bereits mit Schreiben vom 13. März 2018 (für den Märzmietzins) je eine Mahnung mit Kündigungsandrohung an ihre Wohnadresse gesandt worden war. Allerdings wurden diese Postsendungen innert der 7tägigen Abholfrist nicht abgeholt und am 23. März 2018 von der Post an den Absender zurückgesandt (act. 2/4-5). Für den Mietzinsausstand Monat April sandte die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern 1-2 nochmals beiden separat eine Mahnung mit Kündigungsandrohung zu, wobei ihnen diese am 16. April 2018 zugestellt werden konnten (act. 2/6-7). Die Kündigungen vom 26. April 2018 per 31. Mai 2018 wurden den Berufungsklägern 1-2 wiederum separat

- 9 - zugestellt und von ihnen am 27. April 2018 entgegen genommen (act. 2/8- 11). b) Bei einer Kündigungsandrohung muss zwar der Vermieter die Zustellung nachweisen (relative Empfangstheorie im Gegensatz zur absoluten bei der Kündigung), es läge aber an den Mietern, eine entgegen Track & Trace nicht erfolgte Zustellung darzutun. Dies unterliessen die Mieter vorliegend. Auch das Bundesgericht hat bis anhin den Nachweis der Zustellung durch die Zustellinformation der Post (Track & Trace) nicht angezweifelt. Es stellt selbst bei seinen Entscheiden darauf ab (vgl. z.Bsp. 9C\_571/2017 vom 26.10.2017). Es weist nur darauf hin, dass das Datum der effektiven Zustellung bei Track & Trace nicht immer korrekt ausgewiesen werde (vgl. dazu Bundesgerichtsentscheid vom 30. April 2008, 9C\_222/2008, 9C\_226/2008, 9C\_229/2008; 5A\_100/2018 vom 5.2.2018). Mit dem Zugeständnis vor Vorinstanz, dass eine gewisse Unordnung beim Berufungskläger 1 herrsche, ist es den Berufungsklägerin jedenfalls nicht gelungen, eine nicht korrekte Zustellung nachzuweisen. Somit erfolgte die Kündigung der Mietobjekte unter Einhaltung der Zahlungsfrist. Dass die Vermieterin mit Schreiben vom 12. April 2018 (act. 2/6-7) auch den Ausstand des Mietzinses für den Monat April mahnte und mit einer Kündigungsandrohung versah, setzt die frühere Kündigungsandrohung für den Monat März nicht ausser Kraft. Es wurde denn auch explizit in den Schreiben vom 12. April 2018 darauf hingewiesen, dass allfällige frühere Fristansetzungen nicht ausser Kraft gesetzt würden (act. 2/6-7). Weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren behaupteten die Berufungskläger, dass sie innert der ersten angesetzten Zahlungsfrist bezahlt hätten. Demzufolge fehlt es den Berufungsklägern seit 1. Juni 2018 an einer Berechtigung über die Mietobjekte weiterhin zu verfügen.

## **E. 7**

a) Soweit die Berufungskläger eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend machen, weil die Vorinstanz ihre Einwendungen gegen die Ausweisung nicht berücksichtigt habe und dementsprechend nicht eine längere Ausweisungsfrist angesetzt habe, kann ihnen nicht gefolgt werden. Ihre Einwen-

- 10 - dungen gegen die Ausweisung sind allesamt persönlicher Natur und unbehelflich. Gemäss Art. 12 BV hat zwar, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Daraus können aber die Berufungskläger keinen direkten Anspruch auf ein Verbleiben in dieser Wohnung ableiten. Der Vermieter hat keine soziale Verpflichtung, dem Mieter weiterhin die Wohnung zur Verfügung zu stellen. Insbesondere ist keine

Güterabwägung bezüglich der Auswirkungen der Kündigung auf den Mieter bzw. jener bei Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses auf den Vermieter vorzunehmen. Für eine Notwohnung werden sich der Berufungskläger an die zuständige Sozialbehörde ihrer Wohngemeinde zu wenden haben. Ferner ist zu bemerken, dass bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters eine Erstreckung des Mietverhältnisses ausgeschlossen ist (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). b) Der die Zwangsvollstreckung anordnende Richter (Art. 236 Abs. 3, Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO) kann unter Umständen vorsehen, dass diese erst nach Ablauf einer gewissen Frist erfolgen darf, und so der verurteilten Partei einen freiwilligen Vollzug ermöglichen; er kann aber auch davon absehen (BGer 4A\_391/2013 vom 17. Dezember 2013, Erw. 7 mit Hinweis auf BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 59). Die Verhinderung unvermittelter Obdachlosigkeit oder ernsthafte und konkrete Anhaltspunkte für eine freiwillige Räumung durch den Mieter können eine kurze Schonfrist des Vollzugs rechtfertigen (BGer 4A\_207/2014 vom 19. Mai 2014, Erw. 3.1 [übersetzt in MRA 2015 S. 54 ff.]). Bei der Vollstreckung eines Entscheides muss das Gericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Auf jeden Fall kann der Aufschub aber nur relativ kurz sein, und er darf faktisch nicht einer Erstreckung des Mietverhältnisses gleichkommen. Ausserdem ist zu beachten, dass auch der Vollzugsbeamte (Gemeindeammann) bei der Vollstreckung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten hat und den Betroffenen nicht einfach auf die Strasse stellt. Gesundheit und Sicherheit der Berufungskläger werden durch die vorinstanzliche Vollstreckungsmassnahme nicht gefährdet. In einer Notsituation würden Fürsorgemassnahmen zur An-

- 11 - wendung gelangen. Das Urteil datiert vom 5. Juli 2018, und der freiwillige Räumungszeitpunkt wurde auf den 31. Juli 2018 festgelegt (act. 15 Dispositiv Ziffer 1). Damit gewährte die Vorinstanz eine angemessene Schonfrist.

## **E. 8**

Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Hinwil ist demnach zu Recht von einem in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klaren Fall ausgegangen. Der erteilte Ausweisungsbefehl mit einer kurzen Schonfrist ist nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Da der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), sind die im vorinstanzlichen Entscheid aufgeführten Räumungs- und Vollziehungsfristen neu anzusetzen (vgl. act. 15 Dispositiv Ziffer 1).

## **E. 9**

a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens den Berufungsklägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert im Ausweisungsverfahren entspricht in der Regel sechs Monatsmietzinsen (OGer ZH PF140002 vom 21. Februar 2014). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 13'728.– (vgl. Ziff. 2 vorstehend) ist die Entscheidegebühr auf Fr. 750.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, sowie § 8 Abs. 1 GebV OG). b) Die Berufungskläger verlangten die Zusprechung einer angemessenen Entschädigung, da sie auf juristischen Beistand für die Ausarbeitung der Beschwerde angewiesen gewesen seien (act. 16 S. 4). Da die Berufungskläger unterliegen, kann ihnen keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Der Berufungsbeklagten ist keine Entschädigung zu entrichten, da ihr keine Umtriebe entstanden sind.

- 12 - Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. und erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 5. Juli 2018 wird bestätigt. Den Berufungsklägern wird befohlen, die 4.5 Zimmer-Wohnung im Erdgeschoss, an der E.\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_, den Autoabstellplatz 1 oben, E.\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_, sowie den Bastelraum Nr. 4, E.\_\_\_\_-Strasse ..., F.\_\_\_\_ bis spätestens Freitag, 14. September 2018, 12.00 Uhr zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. 2. Das Stadtmannamt F.\_\_\_\_ wird angewiesen, diesen Befehl auf Befehl der Berufungsbeklagten zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Berufungsbeklagten vorzuschüssen, sie sind ihr aber von den Berufungsklägern unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und den Berufungsklägern solidarisch auferlegt. 4. Entschädigungen werden keine zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 16, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

- 13 - 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. 13'728.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. I. Vourtsis-Müller versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.