

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF180024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 4. Juni 2018

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

gegen

C._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Uster vom 7. Februar 2018 (ER170079)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Gesuchsgegnerin 1 und der Gesuchsgegner 2 seien zu verpflichten, die 3,5-Zimmer-Wohnung im 3. Stock (80 m²) an der D._____-Strasse ... in ... E._____
unverzüglich zu verlassen und zu räumen und der Gesuchstellerin in ordnungsgemäsem Zustand mit allen Schlüsseln zu übergeben;
2. Der Gesuchsgegnerin 1 und dem Gesuchsgegner 2 sei für den Fall der Widerhandlung gegen den richterlichen Befehl nach Ziff. 1 Busse nach Art. 292 StGB anzuordnen;
3. Das zuständige Betreibungs- und Gemeindeammannamt ... E._____, ... [Adresse] sei anzuweisen, das Urteil auf Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen und zusätzlichem Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Gesuchsgegnerin 1 und des Gesuchsgegners 2."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 7. Februar 2018:

(act. 21 = act. 24 = act. 26)

1. Die Gesuchsgegner 1 und 2 werden verpflichtet, die 3.5-Zimmerwohnung im 3. Stock (80m²) an der D._____-Strasse ... in ... E._____
unverzüglich zu verlassen, zu räumen und der Gesuchstellerin in ordnungsgemäsem Zustand mit allen Schlüsseln zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt F._____
wird angewiesen, auf Verlangen der Gesuchstellerin die Verpflichtung der Gesuchsgegner 1 und 2 gemäss Dispositiv-Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken, nötigenfalls unter Beizug der Polizei. Diese Anweisung ist bis 4 Monate nach Eintritt der Rechtskraft gültig. Die Gesuchstellerin hat die Vollzugskosten vorzuschliessen, doch sind ihr diese von den Gesuchsgegnern 1 und 2 je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag zu ersetzen.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 910.–.
4. Die Entscheidgebühr wird den Gesuchsgegnern 1 und 2 je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag auferlegt. Sie wird von der Gesuchstellerin unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen, ist ihr aber von den Gesuchsgegnern 1 und 2 je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegner 1 und 2 werden je zur Hälfte unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-schädigung von Fr. 1'200.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
- 6.+7. Mitteilungen / Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge der Gesuchsgegner und Berufungskläger:
(act. 25 sinngemäss)

Es sei das Urteil vom 7. Februar 2018 des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vollumfänglich aufzuheben, und es sei auf das Ausweisungsbegehren der Vermieterin nicht einzutreten.

Erwägungen:

1.

1.1. A. _____ und B. _____ sind seit Februar 2017 Mieter einer 3 ½-Zimmerwohnung an der D. _____-Str. ... in ... E. _____ (nachfolgend Mieter). Der monatliche Mietzins der Wohnung beträgt Fr. 2'010.-. C. _____ ist die Vermieterin (nachfolgend Vermieterin; vgl. act. 3/1). Mit Schreiben vom 7. März 2017 mahnte die Vermieterin die Mieter wegen ausstehenden Mietzinses für den Monat März und mit Schreiben vom 3. Mai 2017 wegen ausstehenden Mietzinses für den Monat Mai (vgl. act. 3/3 und act. 3/6+7). In der Folge bezahlten die Mieter diese Ausstände (vgl. act. 3/4 und act. 3/8+9). Am 20. Juli 2017 wandte sich die Rechtsvertreterin der Vermieterin schriftlich und unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht an die Mieter und wies diese auf ihre Pflicht zu Sorgfalt und Rücksichtnahme hin (vgl. act. 3/10+11). Da die Mieter den Mietzins für September 2017 lediglich im Umfang von Fr. 1'010.- bezahlt hatten (vgl. act. 3/14), mahnte die Rechtsvertreterin die Mieter mit Schreiben vom 19. September 2017 wegen ausstehenden Mietzinses für den Monat September und setzte ihnen eine 30-tägige Zahlungsfrist an, unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR bei unbenutztem Fristablauf (vgl. act. 3/12+13, siehe auch act. 3/15+16). Den Mietzins für Oktober 2017 bezahlten die Mieter ebenfalls nur im Umfang von Fr. 1'010.- (vgl. act. 3/17). Nachdem die Mieter den Ausstand des Mietzinses September 2017 nicht beglichen hatten, kündigte die Vermieterin am 30. Oktober 2017 den Mietvertrag mittels amtlich genehmigtem Formular per 30. November 2017 (vgl. act. 3/23+24).

1.2. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 (Datum Poststempel) stellte die Vermieterin bei der Vorinstanz gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (vgl. act. 1). Mit zunächst unbegründetem Urteil vom 7. Februar 2018 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsgesuch gut. Sie verpflichtete die Mieter antragsgemäss, die Mietwohnung unverzüglich zu verlassen, zu räumen und der Vermieterin in ordnungsgemässen Zustand mit allen Schlüssen zu übergeben. Gleichzeitig wies die Vorinstanz das Gemeindeammannamt F. _____ an, diesen Entscheid auf Begehren der Vermieterin zu vollstrecken (vgl. act. 21 = act. 24 = act. 26, nachfolgend zitiert als act. 24; siehe auch eingangs aufgeführtes vorinstanzliches Dispositiv). Gegen den begründeten Entscheid erhoben die Mieter mit Eingabe vom 10. April 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung beim Obergericht, mit welcher sie sinngemäss den vorab angeführten Antrag stellen (vgl. act. 25, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 22). In prozessualer Hinsicht beantragen die Mieter die Sistierung des Berufungsverfahrens (vgl. act. 31 und act. 33, siehe dazu E. 3. unten).

1.3. Den Kostenvorschuss von Fr. 1'100.– für das Berufungsverfahren leisteten die Mieter auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 29, act. 30/1+2, act. 36). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-22). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. die Berufung führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid ihrer Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (sog. Begründungslast; vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). An die Rechtsmitteleingaben von Laien werden allerdings nur minimale Anforderungen gestellt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie die Rechtsmittelinstanz entschei-

den soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet respektive weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Sind auch diese Voraussetzungen nicht gegeben, wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (vgl. etwa OGer ZH LF170044 vom 28. August 2017 E. 4.2. m.H.).

2.2. Die Mieter beantragen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und verlangen im Ergebnis, dass auf das Ausweisungsbegehren der Vermieterin nicht einzutreten ist (vgl. insb. act. 25 S. 2). Die Berufung erfolgte fristgerecht, und die Mieter sind zur Berufung legitimiert, da sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert sind. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Mieter ersuchen um Sistierung des Berufungsverfahrens mit der Begründung, sie hätten gegen die Vermieterin am 25. April 2017 wegen "Art. 146 StGB (Prozessbetrug)" Strafanzeige eingereicht. Ihrer Ansicht nach dürfe das Berufungsverfahren erst wieder aufgenommen werden, wenn die Staatsanwaltschaft auf ihre "Anmeldung der Strafverfolgung" nicht eingehe (vgl. act. 31+33).

3.2. Das Gericht kann ein Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Eine Sistierung mit Blick auf ein anderes Verfahren kommt nicht nur in Frage, wenn dieses eine identische Klage zwischen den gleichen Parteien betrifft; sie kann etwa auch zur Vermeidung inkohärenter Entscheide oder deshalb erfolgen, weil eine bedeutende Vereinfachung des zu sistierenden Verfahrens erwartet werden kann (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, 3. A., Art. 126 N 3, BK ZPO I-FREI, Art. 126 N 3, KAUFMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 126 N 8).

3.3. Inwiefern sich das mit der Strafanzeige verfolgte Ziel auf das Berufungsverfahren auswirken bzw. der Ausgang der Strafuntersuchung eine entscheidende präjudizielle Wirkung auf das Ausweisungsverfahren haben könnte, haben die

Mieter weder dargetan noch ist dies ersichtlich. Es kann mithin nicht gesagt werden, der Verzicht auf eine Sistierung im heutigen Zeitpunkt verhindere eine Einheitlichkeit der Rechtsverwirklichung. Zudem ist keine bedeutende Vereinfachung des zu sistierenden Verfahrens zu erwarten. Aus diesen Gründen ist das Sistierungsgesuch abzuweisen.

4.

4.1. In ihrer Berufung machen die Mieter zunächst sinngemäss geltend, es habe ihnen bzw. B._____ im vorinstanzlichen Verfahren an der Postulationsfähigkeit gefehlt, weshalb sie um die Bestellung eines Rechtsvertreters ersucht hätten (vgl. act. 25 S. 3 oben und Ziff. 1, S. 5 oben).

4.2. Gerichte sind gestützt auf Art. 69 Abs. 1 ZPO nur dann gehalten, einer Partei eine Rechtsvertretung zu bestellen, wenn diese offensichtlich nicht im Stande ist, den Prozess selbst zu führen oder eine Vertretung zu bestellen. Das bedeutet eine schwerwiegende Unbeholfenheit, was auch der im Gesetz nachfolgende Hinweis auf Massnahmen des Erwachsenenschutzes deutlich macht (vgl. OGer ZH KD150009 vom 17. August 2015). Eine solche Unfähigkeit ist daher nicht leichthin anzunehmen. B._____ war bzw. ist – zusammen mit A._____ – im Stande, seine Position zu vertreten und dafür zu argumentieren. Er bzw. sie wären daher auch in der Lage gewesen, eine Rechtsvertretung zu suchen und zu mandatieren. Insofern bestand kein Anlass für die Vorinstanz, den Mietern von sich aus einen Rechtsvertreter zu bestellen, und im Übrigen besteht ein solcher auch nicht im Berufungsverfahren.

5.

5.1. Nach der Vorinstanz liegt ein in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klarer Fall vor. Sie ging davon aus, die Vermieterin sei berechtigt gewesen, das Mietverhältnis nach Art. 257d OR zu kündigen, da die Mieter den ausstehenden Betrag von Fr. 1'000.– innert Frist nicht beglichen hätten bzw. die von den Mietern erklärte Verrechnung wirkungslos gewesen sei. Demgegenüber stellen sich die Mieter im Wesentlichen auf den Standpunkt, sie seien nicht in Zahlungsverzug

geraten, da sie im Umfang des strittigen Betrags rechtzeitig und wirksam Verrechnung erklärt hätten.

Soweit die Mieter in ihrer Berufung die Vermieterin des "Prozessbetruges" beschuldigen bzw. sich die Berufung auf strafbare Handlungen bezieht oder lediglich allgemeine Ausführungen zu Mängel an der Mietsache sowie zur Hinterlegung des Mietzinses enthält (vgl. act. 25 S. 2, S. 4, S. 6, S. 7, S. 8, S. 11 f.), ist sie als Kritik am angefochtenen Entscheid nicht hilfreich, weil sie keinen konkreten Bezug zum vorinstanzlichen Ausweisungsentscheid erkennen lässt. Darauf kann nicht weiter eingegangen werden.

5.2. Die allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen sowie der Zahlungsverzugskündigung legte die Vorinstanz korrekt dar (vgl. act. 24 E. 3.1. und 3.2.). Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Erwägungen verwiesen werden. Da sich das Berufungsverfahren im Wesentlichen um die Frage der Wirksamkeit der von den Mietern erklärten Verrechnung dreht, ist – in Ergänzung zu den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (vgl. act. 24 E. 3.5.) – Folgendes festzuhalten: Der Mieter kann seine Schuld auch durch Verrechnung tilgen, wenn er die entsprechende Erklärung innerhalb der Zahlungsfrist abgibt und seine Gegenforderung wegen Vorliegens eines Vollstreckungstitels unbestreitbar, unbestritten oder bewiesen ist (vgl. BGer 4A_549/2010 E. 3.3 m.H.a. BGE 119 II 241 E. 6, BGer 4A_642/2009 E. 4 m.H.). Die Verrechnungserklärung muss den Willen des Verrechnenden unzweideutig erkennen lassen. Der Verrechnungsgegner muss wissen, welche Forderung mit welcher Schuld verrechnet werden soll. Besteht diesbezüglich Unklarheit, ist die Verrechnungserklärung unvollständig und daher wirkungslos (vgl. etwa BGer 4A_549/2010 E. 3.3, BGer 4C.228/2006 E. 2.1, BGer 4C.157/2000 E. 2 m.H.).

5.3. Dass die Vermieterin am 19. September 2017 eine Kündigungsandrohung je einzeln an die beiden Mieter erlassen hat, weil diese für den Mietzins September 2017 lediglich Fr. 1'010.– bezahlt haben (vgl. act. 3/12+13+14), ist unbestritten. Die als Einschreiben versandte Zahlungsaufforderung ist den Mietern – was diese ebenfalls nicht bestreiten – am 21. September 2017 zur Abholung gemeldet worden (vgl. act. 3/12 i.V.m. act. 3/15 und act. 3/13 i.V.m. act. 3/16). Nach der relati-

ven Empfangstheorie, die – wie auch die Vorinstanz zutreffend ausführte (vgl. act. 24 E. 3.4.) – bei der Zustellung einer Mahnung nach Art. 257d Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt, gilt die Sendung am siebten Tag nach Einlegen des Avis und damit am 28. September 2017 als zugestellt (vgl. BGE 140 III 244 E. 5.1 = Pra 103 [2014] Nr. 95). Der Fristenlauf zur Begleichung des Zahlungsrückstandes begann am Tag nach dem (fingierten) Empfang der Zahlungsaufforderung, somit am 29. September 2017, und endete 30 Tage später, das heisst am 28. Oktober 2017. Von der Vorinstanz unbemerkt geblieben ist, dass der 28. Oktober 2017 ein Samstag war. Die Frist verlängerte sich daher bis zum nächsten Werktag und damit bis 30. Oktober 2017 (vgl. Art. 78 Abs. 1 OR und Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen [SR 173.110.3]).

Um zu belegen, dass der Mietzins im Umfang von Fr. 1'000.– innert der Zahlungsfrist durch Verrechnung getilgt worden ist, reichten die Mieter vor Vorinstanz die beiden von ihnen verfassten Schreiben vom 21. und 23. Oktober 2017 ein (vgl. act. 13/16+17). Dem ersten Schreiben kann entnommen werden, dass die Mieter eine Erklärung über eine "Teil-Verrechnung" abgegeben haben und sie ihre "jetzigen Gesamtforderungen aus Mietverhältnis von Fr. 8'000.00" mit der Monatsmiete September 2017 verrechnen wollen (vgl. act. 13/17). Von ähnlichem Inhalt erweist sich das zweite Schreiben (vgl. act. 13/16). Die Vorinstanz erwog dazu, die Mieter hätten zwar innerhalb der Zahlungsfrist gegenüber der Vermieterin Verrechnung erklärt. Ihre Verrechnungserklärung enthalte jedoch keine konkreten Angaben zur Verrechnungsforderung. Auch der von den Mietern auf dem für die Monatsmiete September 2017 vorgesehenen Einzahlungsschein angebrachte handschriftliche Vermerk "Schadenersatze, Swisscom, Garage, Schlüssel, Briefkasten etc." habe zur Klärung der Verrechnungsforderung nichts beigetragen. Da die Mieter erst in der Verhandlung und damit nach Ablauf der Zahlungsfrist ihre Verrechnungsforderung spezifiziert hätten, erweise sich die Verrechnungseinrede als offensichtlich unzulässig (vgl. act. 24 E. 3.7.).

Dazu bringen die Mieter – unter Verweis auf die mit ihrer Berufung eingereichten Beilagen 33-37 (= act. 28/33-37) – einzig vor, sie hätten Verrechnung erklärt (vgl. act. 25 S. 2, S. 4, S. 6, S. 9, S. 12) bzw. sie hätten gegenüber der Ver-

mieterin am 30. August 2017 Verrechnung erklärt (vgl. act. 25 S. 13). Die vorinstanzliche Erwägung, wonach die Verrechnungserklärung der Mieter keine Anhaltspunkte für die von ihnen geltend gemachte Verrechnungsforderung liefere, bleibt von den Mietern unkommentiert. Den Mietern gelingt es mit anderen Worten nicht, aufzuzeigen, dass sie während der Zahlungsfrist Verrechnung erklärt haben, aus welcher der Bestand und Umfang der geltend gemachten Gegenforderung hervorgeht. Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass die von den Mietern eingereichten Schreiben den genannten Anforderungen an eine wirksame Verrechnungserklärung nicht genügen. Ihre Verrechnungserklärung ist daher wirkungslos. Daran ändert auch nichts, dass die Mieter an der Verhandlung vom 25. Januar 2018 und damit nach Ablauf der Zahlungsfrist dargetan haben, wie sich ihre zur Verrechnung gebrachte Forderung von Fr. 1'000.– genau zusammensetzt. Es erübrigt sich daher, weiter zu prüfen – wie dies die Vorinstanz getan hat (vgl. act. 24 E. 3.8.) –, ob die behauptete Verrechnungsforderung tatsächlich besteht (vgl. dazu OGer ZH PF170019 vom 12. Juni 2017 E. 4.2.). Selbst wenn diese zu prüfen wäre, vermöchten die Ausführungen der Mieter am angefochtenen Entscheid nichts entgegen zu halten, da ihre Kritik keine sachbezogene Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen darstellt (vgl. act. 25 S. 2 unten, S. 6-9).

Am angefochtenen Entscheid vermögen auch die im Berufungsverfahren neu eingereichten Beweismittel – unabhängig davon, ob diese zulässig sind (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) – nichts zu ändern, und zwar aus dreierlei Gründen: Erstens geht aus den Zustellnachweisen (vgl. act. 28/33) nicht hervor, was die Mieter in ihren an die Vermieterin gerichteten Schreiben ausgeführt haben bzw. ob die Mieter in diesen Schreiben unmissverständlich erklärt haben, welches die Verrechnungsforderung ist. Zweitens vermag das A-4 Blatt – auf welchem der bereits erwähnte Einzahlungsschein kopiert ist – mit dem handschriftlichen Vermerk "Schadenersatzmeldung 30.8.2017" (vgl. act. 28/34) keine an die Vermieterin zugegangene Verrechnungserklärung zu begründen. Drittens lässt sich auch aus den übrigen Unterlagen (act. 28/35-37), zu welchen die Mieter nichts ausführen und unter welchen sich auch das bereits erwähnte Schreiben vom 21. Oktober 2017 befindet, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Unbehelflich sind schliesslich auch die

nicht substantzierten Vorbringen der Mieter, wonach die Vermieterin wesentliche Unterlagen zur Verrechnung vorenthalten habe (vgl. act. 25 S. 4 oben, S. 8, S. 12). Benötigen die Mieter Unterlagen, um eine Illiquidität des von der Vermieterin vorgebrachten Sachverhalts zu bewirken, so obliegt es ihnen, diese einzureichen bzw. ihre Bestreitungen, Einwendungen und Einreden schlüssig und substantziert vorbringen.

Da nach dem Gesagten die Mieter nicht wirksam Verrechnung erklärt haben, befanden sie sich mit der Miete für den September 2017 im Zahlungsrückstand. Die Vermieterin durfte daher die Kündigung nach Massgabe des Art. 257d Abs. 2 OR aussprechen. Die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR entsteht grundsätzlich erst *nach* dem unbenützten Ablauf der 30-tägigen Zahlungsfrist (vgl. dazu deutlich BGE 119 II 147 E. 3a). Die Kündigungen der Vermieterin datieren vom 30. Oktober 2017 und wurden am letzten Tag der Zahlungsfrist verfasst und der Post übergeben, gingen den Mietern indes nach ihrem Ablauf zu (vgl. dazu sogleich). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt es keine Rechtsverletzung dar, wenn die an sich zu früh erklärte Kündigung, welche nach Fristablauf zugeht, nicht als unwirksam qualifiziert wird (vgl. BGer 4A_585/2010 E. 3.5). Auch wenn diese Lösung dogmatisch nicht ganz überzeugt (vgl. zur Kritik insb. ZK-HIGI, Art. 257d N 47), gereicht es der Vermieterin nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid nicht zum Nachteil, dass sie die Kündigung bereits am letzten Tag der Zahlungsfrist verfasste und versandte.

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und entfaltet nach der absoluten Empfangstheorie ihre Wirkungen, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Hinterlässt der Postbote – wie hier – eine Abholungseinladung, so gilt die Kündigung als zugegangen, sobald es dem Empfänger zumutbar ist, der Abholungseinladung Folge zu leisten. In der Regel ist das der Tag, an dem die Sendung auf der Post erstmals abgeholt werden kann (vgl. BGE 137 III 208 E. 3.1.2 m.H. = Pra 100 [2011] Nr. 106, s. auch 140 III 244 E. 5.1 = Pra 103 [2014] Nr. 95). Die Mieter erhielten die entsprechende Abholungseinladung am 31. Oktober 2017 und sie hätten die Kündigung am 1. November 2017 abholen können (vgl. act. 3/23 i.V.m. act. 3/25 und act. 3/24 i.V.m. act. 3/26). Da-

mit gilt die Kündigung als am 1. November 2017 zugestellt. Die von der Vermieterin ausgesprochene Kündigung per Ende November 2017 verstösst gegen die Minimalfrist von Art. 257d Abs. 2 OR und entfaltet daher Wirkung per Ende Dezember 2017 (vgl. Art. 266a Abs. 2 OR, siehe dazu etwa ZK-HIGI, Art. 257d N 54), wovon sowohl die Vorinstanz (vgl. act. 24 E. 3.12.) als auch die Mieter ausgingen (vgl. act. 25 S. 3 unten, S. 5 unten, S. 6, S. 9).

5.4. Soweit die Mieter nicht nur die Zahlungsverzugskündigung anfechten, sondern zusätzlich eine missbräuchliche Kündigung geltend machen, ist letztere ebenfalls zu prüfen, wenn darüber – wie hier (vgl. act. 6 und act. 13/1+2) – ein mietrechtliches Verfahren eingeleitet wurde (vgl. statt vieler ZR 110/2011 Nr. 54 166 ff., E. 3 m.w.H.).

Eine Verzugskündigung nach Art. 257d OR kann nur ausnahmsweise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kommen folgende Fälle in Betracht: Der Vermieter hat vom Mieter unter Androhung der Kündigung einen viel höheren Betrag als den im Rückstand befindlichen verlangt, bevor er Gewissheit erlangt hat, wie viel tatsächlich geschuldet ist; oder der Zahlungsrückstand ist geringfügig oder er wurde kurz nach Ablauf der Zahlungsfrist gezahlt, und der Mieter hatte bis dahin den Mietzins immer pünktlich gezahlt; oder aber der Vermieter kündigt den Vertrag erst lange nach Ablauf der Zahlungsfrist (vgl. BGE 140 III 591 E. 1 m.w.H. = Pra 104 [2015] Nr. 55). Hier steht keiner dieser "klassischen" Anfechtungstatbestände in Frage. Überdies sind weder Gründe ersichtlich, weshalb die Kündigung treuwidrig sein soll, noch bringen die Mieter dazu etwas Stichhaltiges in ihrer Berufung (vgl. act. 25 S. 3, S. 5, S. 6) oder in ihrem Schlichtungsgesuch (vgl. act. 13/1+2) vor.

5.5. Die Vermieterin, die von einem am 30. November 2017 endenden Mietverhältnis ausging, stellte ihr Ausweisungsgesuch am 8. Dezember 2017 und damit (unbewusst) zu früh (vgl. act. 1). Nach Ansicht der Mieter ist dies unzulässig (vgl. act. 25 S. 3 unten, S. 5 unten, S. 6, S. 9).

Das Ausweisungsbegehren kann grundsätzlich erst nach Beendigung des Mietverhältnisses gestellt werden. Ist aber anhand von objektiven Anhaltspunkten

ernsthaft zu befürchten, dass der Mieter auf Vertragsende das Mietobjekt nicht verlassen wird, ist es zulässig, das Ausweisungsbegehren während der Kündigungsfrist zu stellen. Unzulässig ist einzig, die Ausweisung auf einen Zeitpunkt vor Vertragsende auszusprechen (vgl. die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz [act. 24 E. 3.13.], s. zum Ganzen auch HOHL, Die Ausweisung von Wohnungs- und Geschäftsmietern in: mp 1/97 S. 4 m.H., Entscheid des Obergerichts Aargau vom 24. Oktober 1996 publiziert in: mp 1/97 S. 45 f., Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Mai 1998 publiziert in: mp 4/98 S. 184 f.).

Nach der Vorinstanz habe die Vermieterin in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Mieter die Wohnung auch nach dem 31. Dezember 2017 nicht verlassen würden, da diese der Vermieterin mit ihren Schreiben zu erkennen gegeben hätten, dass sie nicht gewillt seien, die Kündigung zu akzeptieren und das Mietobjekt per Ende Dezember 2017 zurückzugeben (vgl. act. 24 E. 3.14.+3.15., siehe auch das von den Mietern eingereichte Schreiben vom 29. November 2017 [act. 13/18+19]). Da die Vorinstanz die Verhandlung nach Beendigung des Mietverhältnisses durchführte, und sie die Ausweisung auf einen Zeitpunkt nach Vertragsende aussprach, ist von vornherein nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis kam, die Vermieterin habe im Zeitpunkt der Einreichung ihres Ausweisungsgesuchs über ein schützenswertes Interesse verfügt.

5.6. Die Vorinstanz verletzte mithin weder Art. 120 und 124 OR noch Art. 257d OR, indem sie erkannte, dass der gemahnte Mietzins für den Monat September 2017 innert Frist nicht durch Verrechnung getilgt worden war und demzufolge die Vermieterin berechtigt war, gestützt auf Art. 257d OR wegen Zahlungsverzugs zu kündigen. Die Berufung ist damit abzuweisen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 7. Februar 2018 ist zu bestätigen.

6.

6.1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr sowie die Parteischädigung wurden in der Berufung nicht angefochten bzw. äussern sich die Mieter nicht dazu. Sie sind daher ohne Weiteres zu bestätigen. Zuzugabe Abweisung der Berufung ist auch die Verteilung dieser Kosten zu bestätigen.

6.2. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die Mieter auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Ausweisungsverfahren bestimmt sich der Streitwert danach, wie lange der Vermieter oder Eigentümer mutmasslich über das Objekt noch nicht verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung bei der Vorinstanz am 8. Dezember 2017 war mit nicht mehr als sechs Monaten effektiver Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (vgl. OGer ZH PF110022 vom 15. Juli 2011 und PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'100.– ergibt dies einen Streitwert von Fr. 12'600.–. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'100.– festzusetzen.

6.3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Den Mietern nicht, weil sie unterliegen, der Vermieterin nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gölte.

Es wird beschlossen:

1. Das Sistierungsgesuch wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 7. Februar 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägern auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Es werden keine Parteienentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppeln von act. 25, 28, 31-33, sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 12'060.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: