

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190063-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

## **Beschluss vom 23. Oktober 2019**

in Sachen

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

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

Beklagte und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Ausweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 18. September 2019 (ER190026)

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Mietvertrag vom 8. Januar 2017 mieteten die Berufungskläger 1 und 2 per 1. Februar 2017 eine 4-Zimmerwohnung (EG) an der D.\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_ samt zugehörigem Kellerabteil zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 1'699.– (act. 3/1). Nachdem der Mietzins für den Monat Mai 2019 ausstehend geblieben war, setzte die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern mit eingeschriebenem Brief vom 14. Mai 2019 je eine 30-tägige Frist zur Bezahlung des Ausstandes und drohte ihnen gleichzeitig die Kündigung an (act. 3/3). Der Mietzinsausstand wurde auch innert dieser Frist nicht beglichen, woraufhin die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern je separat mit amtlich genehmigtem Formular vom 26. Juni 2019 infolge Zahlungsverzugs gestützt auf Art. 257d OR per 31. Juli 2019 kündigte (act. 3/4). Die Berufungskläger fochten die Kündigung offenbar bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks F.\_\_\_\_ an (vgl. act. 1/1; act. 22 S. 3).

2. Mit Eingabe vom 5. August 2019 gelangte die Berufungsbeklagte an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im summarischen Verfahren (nachfolgend Vorinstanz), und verlangte die Ausweisung der Berufungskläger unter Androhung der Zwangsvollstreckung (act. 1/2). Nachdem die Berufungskläger eine Stellungnahme eingereicht hatten (Eingabe vom 13. September 2019; act. 16), hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren mit Urteil vom 18. September 2019 gut (act. 18=22) und verpflichtete die Berufungskläger 1 und 2, die Wohnung bis spätestens am 5. Oktober 2019, 12.00 Uhr, zu räumen und der Berufungsbeklagten ordnungsgemäss zu übergeben, dies unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Ferner wies die Vorinstanz das Gemeindeammannamt F.\_\_\_\_ an, den Entscheid nach Eintritt der Rechtskraft und nach dem 5. Oktober 2019 auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken.

3. Dagegen erhoben die Berufungskläger mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 (ohne Poststempel) Berufung (act. 23); ob dies rechtzeitig erfolgte, kann aus nachfolgenden Gründen offen bleiben.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–20). Von der Einholung einer Berufungsantwort ist abzusehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagten ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift (act. 23) zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Berechnung des Streitwerts in einem Ausweisungsverfahren zum einen danach zu unterscheiden, ob nur die Ausweisung als solche oder auch (vorfrageweise) der Bestand des Mietvertrages bzw. die Gültigkeit der Kündigung strittig ist, sowie zum anderen danach, ob das fragliche Verfahren geeignet ist, die dreijährige Kündigungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auszulösen (BGE 144 III 346, E. 1.2 m.w.Nw.). Weil durch einen Entscheid im Verfahren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) eine solche Sperrfrist von vornherein nicht ausgelöst werden kann, entspricht der Streitwert in einem solchen Verfahren dem wirtschaftlichen Interesse der Parteien, das durch die Verzögerung dieses Summarverfahrens entsteht, und zwar unabhängig davon, ob nur die Ausweisung strittig ist oder auch der Bestand des Mietvertrages (BGE 144 III 346, E. 1.2.2.2 und E. 1.2.2.3). Hierbei ist unabhängig von allfälligen kantonalen Unterschieden in der Bewältigung solcher Verfahren auf eine Dauer von sechs Monaten abzustellen (BGE 144 III 346, E. 1.2.1). Obschon die Berufungskläger in einem anderen Verfahren auch die Gültigkeit der Kündigung in Frage stellen, ist somit an dieser Stelle von einem Streitwert von Fr. 10'194.– auszugehen (sechs Bruttomietzinse à Fr. 1'699.–). Die Berufung ist somit grundsätzlich zulässig.

2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich einzureichen und zu begründen. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Rechtsmittelinstanz ohne Weiteres verstanden werden zu können. Die Berufung führende Partei hat sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen und wenigstens rudimentär darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid aus ihrer Sicht unrichtig ist und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Es sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 5A\_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A\_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1). Fehlt es gänzlich an einer hinreichenden Begründung, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten (vgl. BGer, 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2; OGer ZH, NQ110031 vom 9. August 2011, E. 2; PF110034 vom 22. August 2011, E. 3.2; LF170043 vom 7. August 2017, E. 2).

### III.

1. Die Vorinstanz gab die Art. 257 ZPO, Art. 257d, Art. 266 ff. und Art. 267 OR als rechtliche Grundlagen für den geltend gemachten Ausweisungsanspruch zutreffend wieder und legte in ihrem Entscheid die Voraussetzungen für eine Zahlungsverzugskündigung korrekt dar (act. 22, E. 3). Diese Erwägungen blieben zu Recht unbeanstandet, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann.

2. Gestützt auf die genannten rechtlichen Grundlagen begründet die Vorinstanz ihren Ausweisungsentscheid wie folgt: Nach unbestrittener Sachdarstellung der Berufungsbeklagten hätten sich die Berufungskläger mit der Zahlung des Mietzinses für den Monat Mai 2019 im Rückstand befunden und es habe die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern mit Schreiben vom 14. Mai 2019 eine Zah-

lungsaufforderung mit Kündigungsandrohung zukommen lassen, die diesen am 16. Mai 2019 zugestellt worden sei (act. 3/3; act. 22, E. 2 und E. 3.4). Die darin angesetzte 30-tägige Zahlungsfrist sei am 15. Juni 2019 abgelaufen, ohne dass eine Zahlung bis dahin erfolgt sei. In der Folge habe die Berufungsbeklagte mit amtlich genehmigtem Formular vom 26. Juni 2019 formgültig gekündigt. Diese Kündigung hätten die Berufungskläger zwar nicht abgeholt, es gelte hier aber das absolute Empfangsprinzip, weshalb die Kündigung als den Berufungsklägern am 28. Juni 2019 zugegangen gelte (act. 3/4). Demzufolge sei das Mietverhältnis wirksam per 31. Juli 2019 aufgelöst worden (act. 22, E. 3.5). Dass der ausstehende Mietzins nach Aussprache der Kündigung – am 11. Juli 2019 – doch noch bezahlt worden sei (act. 3/6 S. 3), vermöge nichts an der Gültigkeit der Kündigung zu ändern. Entgegen den Ausführungen der Berufungskläger sei die Kündigung auch nicht unverhältnismässig gewesen, zumal sie seit Beginn des Mietverhältnisses bei einem Grossteil der Mietzinszahlungen in Verzug geraten und von der Berufungsbeklagten bereits zweimal unter Kündigungsandrohung abgemahnt worden seien. Eine von den Berufungsklägern sinngemäss verlangte Erstreckung aufgrund unzumutbarer Härte sei bei einer Zahlungsverzugskündigung von vornherein ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR; act. 22, E. 3.5).

3. Die anwaltlich vertretenen Berufungskläger stellen den Antrag, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten "abzuweisen"; eventualiter "sei die Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzuwandeln und das Mietverhältnis auf den nächstmöglichen ortsüblichen Kündigungstermin, den 31. März 2020, aufzulösen" (act. 23 S. 2). Zur Begründung lassen sie zum einen (neu) ausführen, es habe sich der Berufungskläger 1 noch vor Aussprache der Kündigung ungefähr am 10. Juni 2019 telefonisch bei der Berufungsbeklagten gemeldet und sich anlässlich dieses Telefonats mit der zuständigen Mitarbeiterin der Berufungsbeklagten, Frau G.\_\_\_\_\_, darauf geeinigt, die offenen Rückstände in den nachfolgenden Monaten aufgrund seiner schwierigen finanziellen Situation ratenweise abzahlen zu dürfen. Die anschließende Kündigung stehe im Widerspruch zu dieser Vereinbarung und sei deshalb missbräuchlich (act. 23 S. 2). Zum anderen habe die Beendigung des Mietverhältnisses eine besondere Härte für die Berufungskläger und ihre drei minderjäh-

rigen Kinder zur Folge, weil sie aufgrund finanzieller Schwierigkeiten und bestehender Betreibungen keine neue Wohnung finden würden (act. 23 S. 3).

4. In diesen Ausführungen der anwaltlich vertretenen Berufungskläger ist keine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu erkennen. Sie legen nicht einmal in rudimentärer Weise dar, inwiefern die Vorinstanz ihrer Auffassung nach das Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt unzutreffend festgestellt haben soll. Ohne jede Bezugnahme auf den vorinstanzlichen Entscheid begnügen sie sich damit, einerseits ihre bereits vorgetragenen Argumente (unzumutbare Härte) zu wiederholen sowie andererseits neue Behauptungen aufzustellen (mündliche Vereinbarung einer Ratenzahlung). Dies genügt den gesetzlichen Anforderungen an eine minimale Berufungsbegründung nicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO; s. oben, E. II.2). Auf die Berufung ist folglich nicht einzutreten.

5. Der Vollständigkeit halber ist aber festzuhalten, dass die Berufung ohnehin abzuweisen wäre, selbst wenn darauf eingetreten würde. Die Behauptung der Berufungskläger, es sei mit der Berufungsbeklagten vor Ablauf der Zahlungsfrist eine mündliche Vereinbarung getroffen worden, wonach ihnen eine ratenweise Tilgung der Ausstände erlaubt worden sei, ist neu. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Inwiefern diese Voraussetzungen hier erfüllt sein sollen, legen die Berufungskläger nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Dieses Novum erweist sich damit als unzulässig. Zum anderen hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, dass eine Erstreckung des Mietverhältnisses im Falle einer Zahlungsverzugskündigung (Art. 257d OR) ausgeschlossen ist (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

#### IV.

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich gestützt auf den Streitwert unter Berücksichtigung des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 und § 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG) und beträgt im summari-

schen Verfahren die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1 GebV OG). Bei einem Streitwert von CHF 10'194.– ist die nach § 4 Abs. 2 und 3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG reduzierte Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren auf CHF 300.– festzusetzen.

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens den Berufungsklägern solidarisch aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Berufungsklägern zufolge ihres Unterliegens, der Berufungsbeklagten mangels Umtriebe, die zu entschädigen wären (vgl. Art. 95 Abs. 3 und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägern 1 und 2 solidarisch auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 23, sowie an die Vorinstanz und die Obergerichtskasse, 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  
CHF 10'194.–.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am: