

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF190072-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss vom 8. November 2019

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Beklagte und Berufungskläger

gegen

C. _____ **Anlagestiftung,**

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

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

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. August 2019 (ER190012)

Erwägungen:

1.

1.1. Gemäss den Darlegungen der C._____ Anlagestiftung (Klägerin und Berufungsbeklagte, fortan Berufungsbeklagte) im Ausweisungsgesuch schloss sie am 1. Juni 2015 mit A._____ und B._____ (Beklagte und Berufungskläger, fortan Berufungskläger) einen Mietvertrag über die 3½-Zimmerwohnung im 2. OG, inklusive Keller und Parkplätze Nr. 7 und 11, an der D._____ -Strasse ... in ... [Ort] (act. 1 S. 2). Mit Schreiben vom 14. März 2019 habe sie (die Berufungsbeklagte) den Mietern für ausstehende Mietzinsen eine Zahlungsfrist angesetzt, verbunden mit der Kündigungsandrohung bei unbenütztem Ablauf. Mit amtlichen Formularen vom 26. April 2019 sei die Kündigung des Mietverhältnisses per 31. Mai 2019 gegenüber den Berufungsklägern ausgesprochen worden (act. 1 S. 2).

1.2. Das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten an das Bezirksgericht Pfäffikon (fortan Vorinstanz) datiert vom 3. Juni 2019 und ging am 11. Juni 2019 bei der Vorinstanz ein. Darin verlangte die Berufungsbeklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung die Ausweisung der Berufungskläger (act. 1). Die Vorinstanz setzte der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 13. Juni 2019 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 5). Am 17. Juni 2019 lud sie die Parteien zur Verhandlung auf den 21. August 2019, 10.00 Uhr, vor (act. 6). Die Verfügung vom 13. Juni 2019 und die Vorladung betreffend das Ausweisungsverfahren wurden den Berufungsklägern am 18. Juni 2019 zugestellt (act. 7/1-2). Das hängige Kündigungsschutz-/Erstreckungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Pfäffikon wurde sistiert (act. 8). Zur Verhandlung vom 21. August 2019 erschien Rechtsanwalt lic. iur X._____ für die Berufungsbeklagte, während seitens der Berufungskläger unentschuldigt niemand erschienen war (Prot. VI S. 5). Mit Urteil vom 21. August 2019 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten gut, und sie verpflichtete die Berufungskläger dazu, die 3½-Zimmerwohnung im 2. OG an der D._____ -Strasse ... in ... [Ort] inklusive Keller und Aussenparkplatz Nr. 11 im EG sowie den Einstellplatz Nr. 7 im 1. UG an der E._____ -Strasse in ... [Ort] bis spätestens Montag, 23. September 2019, 12.00 Uhr mittags, zu verlassen und der Berufungsbeklagten ordnungsge-

mässig geräumt und gereinigt zu übergeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 12 S. 2 f.).

Die Vorinstanz erliess das Urteil vom 21. August 2019 zunächst in unbegründeter Form (act. 12). Die Berufungskläger verlangten fristgerecht die Begründung des Urteils (act. 13-15/1). Das begründete Urteil vom 21. August 2019 wurde dem Berufungskläger 1 am 25. September 2019 zugestellt (act. 18/1). Von der Berufungsklägerin 2 wurde die Sendung mit dem begründeten Urteil nicht abgeholt, sie wurde nach Ablauf der Abholfrist am 2. Oktober 2019 retourniert (act. 19).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2019 (Datum Poststempel: 23. Oktober 2019) erhoben die Berufungskläger Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 21. August 2019. Sie beantragen im Wesentlichen, "die Widereinsetzung in den vorherigen Stand aufgrund der Überschreitung der 10 Tagesfrist" wegen ihrer Erkrankung und Abwesenheit. Zudem stellten sie einen Antrag auf Aufhebung der Ausweisung und hilfsweise Fristverlängerung des Auswisedatums wegen ihrer nachgewiesenen gesundheitlichen Problematik. Die Mietschulden seien einzig und alleine durch die bewusste Verzögerung (in der Auszahlung) der Taggelder durch die Taggeldversicherung F. _____ entstanden. Ferner würden ärztliche Gutachten vorliegen, die einen Umzug in der momentanen gesundheitlichen Lage ausschliessen würden (act. 23). Am 28. Oktober 2019 rief die Berufungsklägerin 2 bei der Kammer an, äusserte sich u.a. zu ihrer gesundheitlichen Situation und stellte die Nachreichung von Belegen in Aussicht. Am 30. Oktober 2019 gingen solche ein (act. 28/1-4). Mit Telefonat vom 4. November 2019 teilten die Berufungskläger mit, dass das Gemeindeammannamt ... trotz der erhobenen Berufung an der Vollstreckung am 5. November 2019 festhalte (act. 29). Mit Verfügung vom 4. November 2019 wurde klargestellt, dass der Berufung der Berufungskläger aufschiebende Wirkung zukomme. Der Berufungsbeklagten wurde Gelegenheit gegeben, sich dazu innert 10 Tagen zu äussern (act. 30). Mit Eingabe vom 6. November 2019 verzichtete die Berufungsbeklagte auf eine Stellungnahme zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung und ersuchte um rasche Entscheidung in der Sache (act. 32).

2.2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-20). Auf die Einholung einer Berufungsantwort der Berufungsbeklagten kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ihr ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheidung eine Kopie der Berufungsschrift zuzustellen. Den Berufungsklägern ist ein Doppel der Eingabe der Berufungsbeklagten vom 6. November 2019 zuzustellen (act. 34).

3.

3.1. Die Berufung ist innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist nach Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Dies wurde von der Vorinstanz in der Rechtsmittelbelehrung korrekt angegeben (act. 22 S. 11, Dispositiv-Ziffer 7). Bei der Frist zur Erhebung der Berufung handelt sich um eine gesetzliche Frist. Gesetzliche Fristen sind solche, deren Dauer das Gesetz unabänderlich festlegt (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO). Werden sie nicht eingehalten, ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten. Um den Begründungsanforderungen zu genügen, muss die Berufung erhebende Partei innert Frist im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, Erw. 4.3.1). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BGE 138 III 625).

3.2. Gemäss der bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Empfangsbestätigung wurde dem Berufungskläger 1 das begründete vorinstanzliche Urteil vom 21. August 2019 am 25. September 2019 zugestellt. Der Berufungsklägerin 2 konnte das Urteil nicht zugestellt werden (act. 19). Da sie die vorinstanzliche Verfügung vom 13. Juni 2019 und die Verhandlungsvorladung erhalten hatte (act. 7/2), sie folglich vom vorinstanzlichen Verfahren wusste und mit einer weiteren gerichtlichen Zustellung rechnen musste, gilt die Sendung mit dem vorinstanzlichen Urteil mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist, also am 1. Oktober 2019 als zugestellt (sog. Zustellfiktion, Art. 138 Abs. 3 ZPO).

Die Berufungsfrist lief demzufolge bis am Montag 7. Oktober 2019 resp. bis am Freitag 11. Oktober 2019 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Rechtsmitteleingabe der Berufungskläger wurde von ihnen am 23. Oktober 2019 zur Post gegeben (act. 23; Art. 143 Abs. 1 ZPO) und erfolgte damit klar verspätet.

3.3. Die einzige Möglichkeit, den Mangel der Verspätung zu heilen, wäre eine Fristwiederherstellung. Der Antrag der Berufungskläger auf "Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand aufgrund der Überschreitung der 10 Tagesfrist" ist als Fristwiederherstellungsgesuch anzusehen. Für die Wiederherstellung einer Frist zur Einreichung einer Eingabe gelangt Art. 148 ZPO zur Anwendung. Danach kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gericht hat bei der Wiederherstellung von Fristen ein gewisses Ermessen. Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab. Blosser Rechtsunkenntnis, wie z.B. der Irrtum über den Fristenlauf, stellt grundsätzlich ein grobes Verschulden dar. Ein solches ist ferner anzunehmen, wenn eine Partei eine Frist freiwillig und irrtumsfrei verstreichen lässt. Die Wiederherstellung einer Frist wegen Unfall, Krankheit oder Spitalaufenthalt ist nur gerechtfertigt, wenn die Partei dadurch effektiv davon abgehalten wurde, selber innert Frist zu handeln oder eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen. Die Beweis- resp. Glaubhaftmachungslast für den behaupteten Wiederherstellungsgrund trägt die säumige Partei. Der geltend gemachte Hinderungsgrund muss kausal für das prozessuale Säumnis gewesen sein. Daran mangelt es beispielsweise, wenn das Hindernis bloss in der ersten Zeit einer Frist bestand, hingegen die verbleibende Zeit zur Fristwahrung hätte genutzt werden können. In zeitlicher Hinsicht ist das Wiederherstellungsgesuch innert zehn Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes bei derjenigen Instanz zu stellen, vor welcher eine Handlung versäumt worden ist. Nach der Entscheideröffnung kann die Wiederherstellung nur innert einer sechsmonatigen Frist seit Eintritt der (formellen) Rechtskraft verlangt werden (vgl. dazu etwa BK ZPO-Frei, Bd. I, 2012 Bern, Art. 148 N 3, 9, 18 ff. und N 31 ff. sowie Merz, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 148 N 22).

3.4. Im Schreiben an das Obergericht geben die Berufungskläger als Säumnisgrund, ohne nähere Ausführungen resp. Erklärung, ihre "Erkrankung und Abwesenheit" an. Eine Erkrankung und/oder Abwesenheit des Berufungsklägers 1 ergibt sich aus den eingereichten Belegen nicht. Ein ihn betreffender Säumnisgrund ist nicht glaubhaft gemacht. Die der Eingabe der Berufungskläger beigefügten Belege betreffen allesamt die Berufungsklägerin 2; es geht aus ihnen hervor, dass die Berufungsklägerin 2 erheblich gesundheitlich beeinträchtigt ist, was mehrere Operationen (mit Komplikationen) zur Folge hatte (vgl. act. 25/2-8). Sie wurde soweit aus den Belegen ersichtlich im Jahre 2018 wegen eines kardiologischen Problems und am 9. sowie 23. Mai 2019 wegen einer Diskushernie operiert. Am 31. Mai 2019 konnte sie in Anbetracht des guten Verlaufs, in verbessertem Allgemeinzustand sowie reizlosen Wundverhältnissen nach Hause entlassen werden (act. 25/3-5; act. 25/6). Für die Zeit danach liegen zwei Berichte über eine Telefon- resp. ambulante Sprechstunde vom 13. bzw. 20. August 2019 vor (act. 25/7-8). Festzuhalten ist zu diesen zeitlich weiter zurückgehenden Belegen (act. 25/1-8), dass für die Wiederherstellung der Zeitraum relevant ist, in welchem die Berufungsfrist lief: Es kommt darauf an, ob für die Zeit vom 2. bis 11. Oktober 2019 glaubhaft gemacht ist, dass die Berufungsklägerin 2 nicht in der Lage war, zu handeln. Diesen Zeitraum betreffend liegt das Arztzeugnis vom 28. August 2019 im Recht. Dieses bescheinigt der Berufungsklägerin 2 zwar eine 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit vom 13. September 2019 bis 30. November 2019 (act. 25/9). Dem Arztzeugnis fehlt es jedoch an einer hinreichenden Detaillierung bzw. Präzisierung, die belegen würde, dass die Berufungsklägerin 2 ausserstande war, eine Berufungsschrift innert Frist zu verfassen oder eine andere Person damit zu betrauen, wie beispielsweise ihren Ehemann und Berufungskläger 1, welchem die Sachlage bekannt ist und gegenüber welchem insbesondere keine umfassende Instruktion vorzunehmen gewesen wäre. Folglich fehlt es auch hinsichtlich der Berufungsklägerin 2 an der hinreichenden Glaubhaftmachung eines Säumnisgrundes. Es kann damit keine Wiederherstellung der Berufungsfrist im Sinne von Art. 148 ZPO gewährt werden. Es bleibt dabei, dass die Erhebung der Berufung verspätet erfolgte, weshalb auf diese nicht einzutreten ist.

3.5. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Berufung auch bei einem Eintreten darauf kein Erfolg beschieden sein könnte: Vorwegzuschicken ist, dass die Berufungskläger zur vorinstanzlichen Verhandlung unentschuldig nicht erschienen sind, keine Anträge stellten und zum Ausweisungsbegehren keine Stellung nahmen. Die (erstmaligen) Anträge und Vorbringen im Berufungsverfahren stellen deshalb unzulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar. Selbst wenn sie Beachtung finden könnten, würden die Berufungskläger jedoch mit ihrem Anliegen nicht durchdringen:

3.5.1. Die Vorinstanz erwog, die Berufungsbeklagte habe die Frist- als auch die Formvorschriften gemäss Art. 257d OR mit der Kündigung vom 26. April 2019 auf den 31. Mai 2019 vollumfänglich eingehalten. Das Mietverhältnis sei rechtsgültig per 31. Mai 2019 aufgelöst worden (act. 22 S. 8 f.). Mit dem Vorbringen, die Mietschulden seien einzig und alleine durch bewusste Verzögerung der Taggeldauszahlung durch die F._____ entstanden (act. 23), stellen sich die Berufungskläger nicht gegen die Erwägungen der Vorinstanz, sondern anerkennen vielmehr, sich im Zahlungsrückstand befunden zu haben. Die verzögerte Taggeldauszahlung mag zutreffen, eine Erklärung für die Säumnis und die gute Absicht zur Zahlung darstellen, sie ändert aber nichts an der Rechtslage und insbesondere dem Recht des Vermieters, bei Zahlungsverzug und Nichtbezahlung innert der angesetzten Zahlungsfrist das Mietverhältnis ausserordentlich zu kündigen.

3.5.2. Ferner begehren die Berufungskläger eine Fristverlängerung hinsichtlich des Ausweisungsdatums. Es würden ärztliche Gutachten vorliegen, die einen Umzug in der momentanen gesundheitlichen Lage ausschliessen würden (act. 23). Das eingereichte ärztliche Zeugnis vom 30. April 2019 führt auf, dass die Berufungsklägerin 2 aus gesundheitlichen Gründen psychischer Art und wegen eines Rückenleidens nicht in der Lage sei, einen Umzug aus der Wohnung zu tätigen (act. 25/1). Telefonisch teilte die Berufungsklägerin 2 der Kammer mit, wieder einen neuen Bandscheibenvorfall erlitten zu haben und gemäss ärztlichem Attest nicht mehr als zwei Kilogramm heben zu dürfen (act. 27). Unter den nachgereichten Belegen befindet sich das Schreiben von Dr. med. G._____ vom 28. Oktober 2019, dem zusätzlich zu entnehmen ist, dass sich bei der Berufungs-

klägerin 2 im MRI ein Rezidiv der Diskushernie gezeigt habe und wahrscheinlich wieder eine Operation nötig sein werde. Sie sei aus medizinischen Gründen heute und wahrscheinlich längerfristig nicht in der Lage, einen Umzug durchzuführen (act. 28/1). Dr. med. H. _____ attestiert im Schreiben vom 28. Oktober 2019, dass die Berufungsklägerin 2 in den nächsten 12 Monaten keinen Umzug oder Wohnungswechsel tätigen und keine Behördengänge erledigen könne (act. 28/2).

Sollten die Berufungskläger mit ihren Ausführungen und Belegen eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, so ist ihnen entgegenzuhalten, dass bei Kündigungen wegen Zahlungsverzugs eine Erstreckung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist (vgl. Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Ungeachtet dessen kann das Gericht zwar im Sinne einer Vollstreckungsmodalität eine Schonzeit festlegen und so der verurteilten Partei einen freiwilligen Vollzug ermöglichen. Es kann aber auch davon absehen (OGer ZH PF150001 vom 10. Februar 2015 E. 3.4.; OGer ZH LF140103 vom 12. Januar 2015; BGer 4A_391/2013 Erw. 7 [übersetzt in mp 2014 S. 167]). Das Gericht muss bei der Vollstreckung eines Entscheides den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten. Auf jeden Fall kann der Aufschub nur relativ kurz sein, und er darf faktisch nicht einer erneuten Erstreckung des Mietverhältnisses gleichkommen (OGer ZH LF160041 vom 5. Juli 2016, E. 6b und OGer ZH LF150017 vom 16. Juli 2015, E. 4.2). Die Vorinstanz hat im Urteil vom 21. August 2019 das Auszugsdatum auf den 23. September 2019 festgelegt (act. 24 S. 11). Es ist zu beachten, dass die Berufungskläger bereits seit dem 31. Mai 2019 verpflichtet sind, aus dem Mietobjekt auszuziehen, mithin seit rund fünf Monaten. Die Kammer hat als Rechtsmittelinstanz auch bei der Beurteilung von Fällen, in denen sich die persönliche Situation einer Partei (aus gesundheitlichen Gründen) schwierig präsentiert, das Gesetz einzuhalten. Die Gewährung einer weiteren Frist für den Auszug, würde sehr bald einer Erstreckung des Mietverhältnisses gleichkommen und könnte daher jedenfalls nur in ganz begrenztem Rahmen gewährt werden. Es ist abschliessend darauf hinzuweisen, dass es dem Vollstreckungsbeamten unbenommen ist, den Berufungsklägern im Rahmen der Vollstreckung aus praktischen bzw. humanitären Überlegungen noch einen kurzen Aufschub zu gewähren.

4.

Ausgangsgemäss werden die Berufungskläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 2 und 3 ZPO). Ausnahmsweise ist auf die Erhebung von Kosten im Berufungsverfahren zu verzichten. Die Berufungsbeklagte machte am 6. November 2019 eine (Kurz-)Eingabe. Für diese haben die Berufungskläger die Berufungsbeklagte mit Fr. 200.00 zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Berufungskläger werden verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteienschädigung von Fr. 200.00 zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 32, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 23, an das Gemeindeammannamt ..., sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'640.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: