

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 29. Juni 2021

in Sachen

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

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **C.** \_\_\_\_\_,

2. **D.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte

2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend

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

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Dezember 2020 (ER200033)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1, S. 3)

- "1. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die gesamte Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_ [Ort], d.h. ganzes Haus samt Schwimmbad und Garten, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und den beiden Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die gesamte Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ ..., F.\_\_\_\_\_, d.h. ganzes Haus samt Schwimmbad und Garten, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und den beiden Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
3. Das für die Gemeinde F.\_\_\_\_\_ zuständige Gemeindeammannamt G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], sei anzuweisen, auf erstes Verlangen der beiden Gesuchsteller (einzeln oder gemeinsam) die Verpflichtungen der beiden Gesuchsgegner gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend zu vollstrecken.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der beiden Gesuchsgegner (solidarisch)."

**Urteil des Bezirksgerichtes:**

act. 9 = act. 17 = act. 19

1. Auf das Ausweisungsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'400.–.
3. Die Gerichtskosten werden den Gesuchstellern, je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegner je unter Beilage der Doppel von act. 1, act. 2 und act. 3/2-10, sowie unter Publikation im kantonalen Amtsblatt, je gegen Empfangsschein.
6. Dieser Entscheid ist rechtskräftig (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Post-

fach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**In diesem Verfahren stehen die Fristen während der Gerichtsferien nicht still.**

### **Berufungsanträge:**

der Berufungskläger (act. 18 S. 2 f.):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 29. Dezember 2020 (ER200033) sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Das Gesuch vom 18. Dezember 2020 sei antragsgemäss gutzuheissen wie folgt:
  - a. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die gesamte Liegenschaft E. \_\_\_\_\_ ..., F. \_\_\_\_\_, d.h. das ganze Haus samt Schwimmbad und Garten, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und den beiden Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
  - b. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die gesamte Liegenschaft E. \_\_\_\_\_ ..., F. \_\_\_\_\_, d.h. das ganze Haus samt Schwimmbad und Garten, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und den beiden Gesuchstellern ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
  - c. Das für die Gemeinde F. \_\_\_\_\_ zuständige Gemeindeammannamt G. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], sei anzuweisen, auf erstes Verlangen der beiden Gesuchsteller (einzeln oder gemeinsam) die Verpflichtungen der beiden Gesuchsgegner gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend zu vollstrecken.
3. *Eventuell* sei festzustellen, dass die Gesuchsteller berechtigt sind, die gesamte Liegenschaft E. \_\_\_\_\_ ..., F. \_\_\_\_\_, d.h. das ganze Haus samt Schwimmbad und Garten, ohne gerichtlichen Ausweisungsbefehl zu räumen bzw. räumen zu lassen.
4. *Subeventuell* sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegner, sowohl für das erstinstanzliche als auch für das zweitinstanzliche Verfahren."

der Berufungsbeklagten 2 (act. 39 S. 2):

- "1. Die Berufung der Berufungskläger vom 14. Januar 2021 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letzter zzgl. 7.7 % MWST.) zu Lasten der Berufungskläger."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

#### **Prozessgeschichte**

1. Am 18. Dezember 2020 stellten die Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) gegen die Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend Vorinstanz) das vorgenannte Ausweisungsbegehren (act. 1). Mit Urteil vom 29. Dezember 2020 trat die Vorinstanz auf dieses Begehren nicht ein (act. 17 [= act. 9 = act. 19]).
  - 2.1 Mit Eingabe vom 14. Januar 2021 (Datum Poststempel) erhoben die Berufungskläger dagegen rechtzeitig (vgl. act. 11) Berufung und stellten die vorgenannten Rechtsbegehren (act. 18 S. 2 f.). Nachdem der mit Verfügung vom 28. Januar 2021 (act. 21) einverlangte Kostenvorschuss fristgerecht (vgl. act. 22) geleistet worden war (act. 23), wurden die Berufungskläger mit Verfügung vom 16. Februar 2021 aufgefordert, dem Gericht gegenüber ihre eigene Adresse sowie diejenige der Berufungsbeklagten bekannt zu geben oder in Bezug auf letztere nachzuweisen, dass sie sich erfolglos um deren Feststellung bemüht hätten (act. 24). Dieser Aufforderung kamen die Berufungskläger innert Frist nach (vgl. act. 26 und 28), wobei sie beantragten, ihre eigene Adresse der Gegenpartei nicht bekannt zu geben (act. 26 S. 4 ff.). Zudem haben die Berufungskläger hinsichtlich

der Adresse der Gegenpartei innert Frist einerseits nachgewiesen, dass sie keine andere als die bereits bekannte Adresse E. \_\_\_\_\_ ... in F. \_\_\_\_\_ der Berufungsbeklagten ermitteln konnten (act. 28 S. 3 ff., Rz. 4 ff. sowie act. 29/9-38 und act. 31/39). Andererseits haben die Berufungskläger belegt, dass die Berufungsbeklagte 2 dem Berufungskläger 1 gegenüber, nachdem dieser ihr per SMS mitgeteilt hatte, dass er eine Adresse brauche, an welche das Obergericht des Kantons Zürich in einem Prozess im Zusammenhang mit dem Haus (E. \_\_\_\_\_ ..., F. \_\_\_\_\_) Dokumente zustellen könne (vgl. act. 29/6), angegeben hatte, er solle die Adresse E. \_\_\_\_\_ ... angeben (act. 29/8).

In der Folge wurde am 1. März 2021 beschlossen, dass die Adresse der Berufungskläger den Berufungsbeklagten nicht bekannt gegeben werde. Zudem wurden den Berufungsbeklagten, auf deren Seite sich inzwischen Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ für die Berufungsbeklagte 2 konstituiert hatte (vgl. act. 36), Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 34). Eine solche wurde von der Berufungsbeklagten 2 fristgerecht (vgl. act. 35/2) erstattet (act. 39). Nachdem diese am 1. April 2021 den Berufungsklägern zugestellt worden war (vgl. act. 41), reichten diese am 9. April 2021 eine Stellungnahme ein (act. 42).

2.2 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-15). Da die Berufung der Berufungskläger – wie nachfolgend noch dazulegen sein wird – abzuweisen ist, erübrigt sich eine vorgängige Zustellung der Stellungnahme der Berufungskläger vom 9. April 2021 an die Berufungsbeklagten. Ihnen ist mit dem vorliegenden Endentscheid nur noch ein Doppel dieser Eingabe zur Kenntnisnahme zuzustellen.

3. Auf die Ausführungen der Parteien ist – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

## II.

### Zur Berufung im Einzelnen

1. Mit einer Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310

ZPO). Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es sind Anträge zu stellen und diese sind zu begründen. Dabei muss die Berufung erhebende Partei im Einzelnen darlegen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Ist eine Berufung unbegründet geblieben oder verfügt sie über keine Anträge, ist auf sie nicht einzutreten. 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). Ist das nicht der Fall, bleiben die neuen Tatsachen und Beweismittel unberücksichtigt. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismittel beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

2. Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwenden (Art. 641 ZGB). In diesem Sinne besteht ein dinglicher Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache, sofern der Besitzer nicht zum Besitz der Sache berechtigt ist. Eine solche Berechtigung kann sich insbesondere aus schuldrechtlichen Verträgen ergeben (BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 49 f.), wobei ein derartiger Vertrag beispielsweise in einem über die Sache geschlossenen Mietvertrag bestehen kann. Ist der Eigentümer einer Sache gleichzeitig deren Vermieter, so kann er die Sache nach Auflösung des Mietvertrages einerseits gestützt auf den sich aus Art. 267 OR ergebenden vertraglichen Rückgabeanspruch zurückverlangen und diesen Anspruch mit einer Ausweisung zwangsweise durchsetzen (ZK-HIGI/BÜHLMANN/WILDISEN Art. 267 N 10). Andererseits kann er die Sache gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB sowohl vom nach Auflösung des Mietvertrages nunmehr nicht mehr zum Besitz berechtigten ehemaligen Mieter, als auch von jedem anderen unberechtigten Besitzer herausverlangen und diesen Herausgabeanspruch mittels einer sogenannten Herausgabeklage (*rei vindicatio*) zwangsweise durchsetzen (vgl. etwa LCHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl. 2016, Rz. 31.9.2). Voraussetzung für den Her-

ausgabeanspruch des Vermieters bzw. Eigentümers ist dementsprechend, dass der Bewohner nicht (mehr) zum Besitz der Sache berechtigt ist, was im Ausweisungsverfahren vorfrageweise zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 S. 166 ff., S. 168).

Den ihm zustehenden Rückgabe- bzw. Ausweisungsanspruch kann der Vermieter bzw. Eigentümer 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 tritt das Gericht darauf nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der klagenden Partei steht in diesem Fall die Klage im ordentlichen Verfahren offen.

3. Die Vorinstanz trat auf das Ausweisungsbegehren der Berufungskläger mit der Begründung nicht ein, es sei für das Gericht nicht ersichtlich, ob und mit welchem Inhalt ein Mietvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei; klare Verhältnisse bestünden damit offensichtlich nicht (act. 17 S. 7 ff., E. 5), womit die Vorinstanz das Bestehen einer klaren Sachlage verneinte.

Sodann hielt die Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung fest, selbst wenn zwischen den Parteien ein gültiger Mietvertrag zustande gekommen wäre, sei unklar, ob das Mietverhältnis gültig beendet worden sei. So würden die Berufungskläger zunächst vorbringen, der Mietvertrag habe aufgrund seiner Befristung per 31. August 2015 geendet, worauf die Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 3. Dezember 2020 hingewiesen worden seien. Allerdings gelänge es den Berufungsklägern mangels anderweitiger Vorbringen nicht, die gesetzliche Vermutung von Art. 266 Abs. 2 OR, wonach im Falle, im welchen die Parteien ein befristetes Mietverhältnis nach Ende der Befristung stillschweigend fortsetzen, dieses als unbefristetes Mietverhältnis gelte, zu widerlegen (act. 17 S. 9, E. 5.2.3). Deshalb – so die Vorinstanz weiter – hätte es zur Beendigung des Mietverhältnisses einer gültigen Kündigung durch die Berufungskläger bedurft, welche – um ihre Wirkungen zu entfalten – den Berufungsbeklagten rechtsgültig hätte zugestellt werden müssen. Indes ergebe sich aus den Akten zweifelsfrei, dass die "Mietliegenschaft"

nie als Hauptwohnsitz der Berufungsbeklagten vorgesehen gewesen sei. Auch wenn die Berufungskläger in ihrer Gesuchsbegründung hierzu kein Wort verlieren würden, sei doch klar, dass die Zustellung der Kündigungen an das Ferien- oder Zweitwohndomizil der Berufungsbeklagten erfolgt sei. Aufgrund des Fehlens weiterer Angaben könne nur darüber spekuliert werden, wo sich der Hauptwohnsitz der Berufungsbeklagten befinde. Offensichtlich sei den Berufungsklägern bekannt gewesen, dass sich die Berufungsbeklagten nicht mehr in der "Mietliegenschaft" aufhalten würden. Da die Zustellfiktion nicht greife, wenn der Absender wisse, dass der Empfänger nicht in der Lage sei, die Sendung entgegen zu nehmen, seien die Kündigungen vom 2. Dezember 2020 nicht rechtsgültig zugestellt worden, weshalb auf das Ausweisungsbegehren auch aus diesem Grund nicht einzutreten wäre (act. 17 S. 9, E. 5.2.4).

4.1 Die Berufungskläger stellen sich im Rahmen ihrer Berufung zunächst im Wesentlichen auf den Standpunkt, da die Vorinstanz keinen Schriftenwechsel angeordnet habe, sei der von ihnen behauptete Sachverhalt unbestritten geblieben, weshalb ein unbestrittener Sachverhalt im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO vorgelegen habe. Indem die Vorinstanz erkannte, dass keine klare Sachlage vorgelegen habe und sich ihr Ausweisungsbegehren deshalb sofort als offensichtlich unbegründet im Sinne von Art. 253 ZPO erweise, habe sie diese Bestimmung verletzt (act. 18 S. 8 ff., Rz. 17-21).

4.2 Ein unbestrittener Sachverhalt im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO liegt gemäss Rechtsprechung dann vor, wenn der von der gesuchstellten Partei vorgelegte Sachverhalt durch die Gegenpartei nicht bestritten worden ist (BGE 141 III 23 E.3.2; BGE 144 III 462 [= Pra 108 (2019) Nr. 41] E.3.1), was – wie die Berufungskläger zu Recht geltend machen – vor Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei grundsätzlich immer der Fall ist. Da das Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen dem summarischen Verfahren untersteht, ist – ausser in den beiden vorliegend nicht einschlägigen Fällen von Art. 255 ZPO – die Verhandlungsmaxime anwendbar (vgl. Art. 252 bis Art. 256 ZPO sowie Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet jedoch entgegen den Berufungsklägern (vgl. act. 18 etwa S. 17, Rz. 49) nicht, dass Rechtsfragen – wie etwa die Gültigkeit der Kündigung – unbe-

strittene Tatsachen in diesem Sinne darstellen können, ist das Recht vom Gericht doch stets von Amtes wegen anzuwenden (Art. 57 ZPO). Vorausgesetzt ist jedoch aufgrund der im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen geltenden Verhandlungsmaxime, dass die Tatsachen, auf denen die Rechtsfrage beruht, von den Parteien geltend gemacht und nachgewiesen werden (BGE 144 III 462 [= Pra 108 (2019) Nr. 41] E.3.3.2). Dies bedeutet auch, dass eine von der klagenden Partei behauptete Tatsache – wie etwa die Verwendung des amtlichen Formulars – solange als unbestritten und der Sachverhalt damit als klar zu gelten hat, wie sie von der Gegenpartei nicht bestritten wird (BGE 144 III 462 [= Pra 108 (2019) Nr. 41] E.4). Erst wenn die Tatsachenbehauptung bestritten wird, ist darüber Beweis abzunehmen und in diesem Sinne zu prüfen, ob die Tatsache sofort beweisbar im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO ist.

4.2.1 Für das vorinstanzliche Verfahren bedeutet dies, dass die klägerische Tatsachenbehauptung, wonach zwischen den Parteien mündlich ein Mietvertrag geschlossen worden sei, (noch) unbestritten war, da die Vorinstanz (noch) keine Gesuchsantwort der Berufungsbeklagten eingeholt hatte. Wie die Berufungskläger zu Recht geltend machen, hätte die Vorinstanz deshalb vor Einholung einer Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom Bestehen eines Mietvertrages zwischen den Parteien ausgehen müssen, zumal die dafür notwendigen Tatbestandselemente – mithin eine entsprechende übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung – von den Berufungsklägern behauptet wurden. Die Berufung der Berufungskläger erweist sich insoweit dementsprechend als begründet.

4.2.2 Anders sieht es entgegen dem Standpunkt der Berufungskläger in Bezug auf die (Rechts-)Frage aus, ob das Mietverhältnis aufgrund der von den Berufungsklägern vor Vorinstanz behaupteten Befristung bis zum 31. August 2015 gültig beendet worden sei. Hier stellen sich die Berufungskläger auf den Standpunkt, es sei vor Vorinstanz (noch) unbestritten geblieben, dass das Mietverhältnis beendet sei, schon weil es bis am 31. August 2015 befristet gewesen sei, worauf die Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 3. Dezember 2020 hingewiesen worden seien. Hingegen habe keine Partei vorgebracht, dass – wie die Vorinstanz erwogen habe – das Mietverhältnis stillschweigend fortgesetzt worden sei, weshalb die

Vorinstanz hier zu Unrecht vom unbestrittenen Sachverhalt abgewichen sei und damit die Verhandlungsmaxime verletzt habe (act. 19 S. 16 f., Rz. 47 f.). Die Berufungskläger verkennen bei diesem Vorbringen jedoch, dass es sich – wie bereits ausgeführt – bei der Frage, ob das Mietverhältnis gestützt auf den von den Berufungsklägern vorgetragene Sachverhalt gültig beendet worden sei, um eine Rechtsfrage handelt, welche vom Gericht immer – allenfalls gestützt auf die unbestritten gebliebene Sachverhaltsdarstellung nur einer Partei – von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 57 ZPO). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang – wie bereits (vorstehend Ziff. II.3) dargelegt – erwogen, den Berufungsklägern gelinge es mangels anderweitigen Ausführungen nicht, die gesetzliche Vermutung von Art. 266 Abs. 2 OR zu widerlegen. In der von der Vorinstanz genannten Bestimmung wird die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass das Mietverhältnis durch eine stillschweigende Verlängerung zu einem unbefristeten wird, wobei sich diese Annahme durch den Beweis widerlegen lässt, dass der Wille mindestens einer Partei ein anderer war (BK OR-GIGER, Bern 2020, Art. 266 N 21). Wenn die Berufungskläger nunmehr geltend machen, es sei von keiner Partei vorgebracht worden, dass das Mietverhältnis stillschweigend fortgesetzt worden sei (act. 18 S. 16, Rz. 48), übersehen sie, dass bereits gestützt auf den von ihnen selbst vorgetragene Sachverhalt von der Anwendbarkeit der gesetzlichen Vermutung und damit von einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietverhältnisses ausgegangen werden muss. So haben die Berufungskläger vor Vorinstanz geltend gemacht, das Mietverhältnis sei bis zum 31. August 2015 befristet gewesen, worauf sie die Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 3. Dezember 2020 hingewiesen hätten (vgl. act. 17 S. 5, E. 3). Die Vorinstanz bemängelt bezüglich dieser Sachverhaltsdarstellung der Berufungskläger indes zu Recht, diese hätten es unterlassen, anderweitige Ausführungen zu machen, mithin darzulegen, weshalb sie erst 5 Jahre nach der angeblichen Beendigung des Mietverhältnisses die Rückgabe des Mietobjektes verlangen und aufgrund welcher Sachverhaltselemente entgegen der gesetzlichen Vermutung von Art. 266 Abs. 2 OR dennoch davon auszugehen sei, dass es im Jahr 2015 nicht ihrem Willen entsprochen habe, dass das Mietverhältnis fortgesetzt werde. Entgegen den Berufungsklägern ist deshalb die Vorinstanz gestützt auf den von den Berufungsklägern selbst vorgetragene

Sachverhalt zu Recht davon ausgegangen, dass das Mietverhältnis auch über August 2015 hinaus stillschweigend fortgesetzt worden sei. Jedenfalls liegt insoweit keine klare Rechtslage vor, dass das Mietverhältnis am 31. August 2015 geendet habe. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet.

4.2.4 Weiter haben sich die Berufungskläger vorinstanzlich auf den Standpunkt gestellt, sie hätten das Mietverhältnis mit dem bereits vorerwähnten Schreiben vom 3. Dezember 2020 sicherheitshalber fristlos gekündigt, weil sich das Mietobjekt in einem von den Berufungsbeklagten verursachten, desolaten und verwahrlosten Zustand befinde, wobei die schweren Schäden von den Berufungsbeklagten nie gemeldet worden seien. Die Berufungsbeklagten hätten die Kündigungsschreiben nicht von der Post abgeholt (act. 17 S. 5, E. 3). Zwar ist den Berufungsklägern hier grundsätzlich zuzustimmen, dass – zumindest ohne Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei – der von ihnen in Bezug auf die Voraussetzungen einer Kündigung gemäss Art. 257f OR dargelegten Sachverhalt, mithin das Vorliegen einer schweren Schädigung der Liegenschaft sowie die Abgabe einer Kündigungserklärung durch die Berufungskläger, unbestritten geblieben sind, weshalb die Vorinstanz auch hier – vor Einholung einer Gesuchsantwort der Berufungsbeklagten – von einem unbestrittenen Sachverhalt hätte ausgehen müssen. Allerdings übersehen die Berufungskläger, dass sie selbst vorgebracht haben, dass die Kündigungsschreiben von den Berufungsbeklagten nicht entgegen genommen, sondern vielmehr mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an sie retourniert worden seien (vgl. act. 1 S. 5, Rz. 6). Wird eine Sendung vom Empfänger nicht entgegen genommen, stellt die Frage, ob die Kündigung dennoch als zugestellt gelte, mithin der Empfang fingiert werde, eine Rechtsfrage dar, welche vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz diesbezüglich einstweilen vom von den Berufungsklägern vorgetragenen Sachverhalt hätte ausgehen müssen, wonach nicht bestritten wurde, dass die Berufungsbeklagten an der von den Berufungsklägern genannten Adresse einen Wohnsitz haben, oder ob die Vorinstanz – trotz unbestrittenem Sachverhalt – beachten durfte, dass sich aus den Akten ergibt, dass das Mietobjekt – zumindest gemäss dem

von den Berufungsklägern eingereichten Mietvertragsentwurf – nur als Ferienwohnung gedacht war. Diese Frage kann im vorliegenden Verfahren schlussendlich aber offen gelassen werden, denn selbst wenn dem Standpunkt der Berufungskläger gefolgt würde, wonach die Vorinstanz nicht von sich aus dem streitgegenständlichen Domizil die Hauptwohnsitzqualität hat absprechen dürfen (act. 17 S. 9 E. 5.2.4.), dies vorliegend nichts daran geändert hätte, dass die Berufung abzuweisen ist.

4.2.5 Würde nämlich dem Standpunkt der Berufungskläger gefolgt und davon ausgegangen, dass die Vorinstanz die entsprechenden Sachverhaltsabklärungen nicht von sich aus vornehmen durfte, so wäre der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, weil der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen wäre (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO), mithin den Berufungsbeklagten das rechtliche Gehör zu gewähren wäre, hat die Vorinstanz ihren Entscheid doch gefällt, ohne die Berufungsbeklagten im Verfahren zu begrüssen.

Allerdings wurde den Berufungsbeklagten nunmehr im vorliegenden Berufungsverfahren das rechtliche Gehör gewährt und die Berufungsbeklagte 2 hat sich bei dieser Gelegenheit sowohl zur Berufung als auch – zumindest teilweise – zu Sache geäußert. Zwar ist der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur, weshalb seine Verletzung – bzw. in diesem Fall, der Umstand, dass die Berufungsbeklagten vor Vorinstanz noch nicht angehört wurden und der Sachverhalt deshalb in diesem Sinne zu vervollständigen ist – grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 Erw. 2.2. mit Hinweis auf BGE 135 I 279 Erw. 2.6.1. Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 39) und gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz führt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch selbst bei schwerwiegenden Verletzungen des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden, wenn einerseits die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann, und andererseits, die

Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würden, der mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 137 I 195 E. 2.3.2. mit Hinweis auf BGE 136 V 117, E. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201 E. 2.2.).

Die Kammer als Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei überprüfen und gestützt darauf einen neuen Entscheid fällen (Art. 318 ZPO). Nach der Praxis der Kammer können dabei – entgegen dem Vorbringen der Berufungskläger (vgl. act. 42 S. 7 f, Rz. 13) und trotz der im Berufungsverfahren sonst geltenden Novenbeschränkung (Art. 317 Abs. 1 ZPO) – auch die neuen Vorbringen der Berufungsbeklagten berücksichtigt werden (vgl. OGer ZH, LF140040 vom 29. August 2014 E. 2.2; OGer ZH PF140019 vom 15. Juli 2014 E. 1.4; OGer ZH, RU130042 vom 10. Juli 2013 E. 2). Die im vorinstanzlichen Verfahren unterbliebene Anhörung kann daher im Berufungsverfahren geheilt werden. Dies geschieht vorliegend, indem sich die Berufungsbeklagte 2 in ihrer Berufungsantwort auch zur Sache äussert (act. 39 S. 14 f., Rz. 35 ff., S. 17 Rz. 45, S. 18 ff. Rz. 50 ff.). Da der vorinstanzliche Entscheid – wie nachstehend dargelegt – nach Anhörung der Berufungsbeklagten 2 zu bestätigen ist, würde eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf führen, weshalb zu Gunsten des Beschleunigungsgebotes davon abzusehen ist (vgl. auch OGer ZH LY110036 vom 16. November 2011, E. II./5.5.).

4.2.6 So bestreitet die Berufungsbeklagte 2 im Rahmen ihrer Berufungsantwort, dass zwischen den Parteien ein Mietverhältnis bestehe und stellt sich auf den Standpunkt, es sei eine lebenslängliche Nutzung der Liegenschaft vereinbart worden (act. 39 S. 14, Rz. 35; S. 18 Rz. 50). Zwar ist den Berufungsklägern zuzustimmen (vgl. act. 42 etwa S. 11 f., Rz. 27 ff), dass dieser Standpunkt durch die Berufungsbeklagte 2 einfach behauptet und nicht weiter substantiiert wurde, doch ist darauf hinzuweisen, dass ein klarer Fall dann bejaht und der Standpunkt der Gegenpartei dementsprechend als haltlos bzw. als Schutzbehauptung qualifiziert werden kann, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der klagenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende

Abklärung der beklaglichen Einwände könne daran nichts ändern (vgl. etwa BGE 138 III 620, 623 E. 5.1.1; BGer. 4A\_310/2013, E. 2; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 257 N 7). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, haben die Berufungskläger vor Vorinstanz doch behauptet, dass der Vertrag mündlich geschlossen worden sei, wofür sich den von ihnen eingereichten Unterlagen abgesehen von der offerierten eigenen Parteibefragung keine Anhaltspunkte entnehmen lassen. Aus diesem Grund können die Vorbringen der Berufungsbeklagten 2 nicht als von vornherein haltlos abgetan werden. Vielmehr käme es in einem weiteren Schritt nunmehr darauf an, ob der von den Berufungsklägern behauptete Sachverhalt sofort beweisbar ist, was dann der Fall wäre, wenn die Tatsachen ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden können (BGE 144 III 462 [= Pra 108 (2019) Nr. 41] E.3.1), wobei der Beweis – entgegen den Berufungsklägern, welche nunmehr ihrer eigene Parteibefragung als Beweis offerieren (act. 42 S. 11, Rz. 27) – in der Regel durch Urkunden zu erbringen ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Vorliegend haben die Berufungskläger vor Vorinstanz behauptet, dass zwar der von ihnen eingereichte schriftliche Mietvertrag von den Parteien nicht unterzeichnet worden sei, dass dieser jedoch sinngemäss das von den Parteien mündlich vereinbarte wiedergebe (act. 1 S. 4, Rz. 5); als Beweis wurde einzig der nicht unterzeichnete Mietvertrag eingereicht, womit festzustellen ist, dass der von den Berufungsklägern behauptete Sachverhalt zur Entstehung eines Mietverhältnisses nicht sofort beweisbar ist.

Zum Kündigungsgrund: Gleiches gilt sodann in Bezug auf die von den Berufungsklägern geltend gemachte Pflichtverletzung, wird von der Berufungsbeklagten 2 doch bestritten, dass sie der Liegenschaft schweren Schaden zugefügt hatten und dass dies mit den von den Berufungsklägern (vorinstanzlich) eingereichten Fotos belegt werde (act. 39 S. 15, Rz. 37, S. 17 Rz. 45). Auch hier käme es deshalb nunmehr darauf an, ob der von den Berufungsklägern behauptete Sachverhalt sofort beweisbar ist, was zu verneinen ist. Nach Massgabe der Rechtsordnung kann der Vermieter fristlos kündigen, wenn der Mieter vorsätzlich der Sache schweren Schaden zufügt (Art. 257f Abs. 4 ZPO). Anhand der von den Berufungsklägern vorgelegten Akten lässt sich die von den Berufungsklägern be-

hauptete Pflichtverletzung im Sinne des Gesetzes nicht sofort beweisen, weshalb ein klarer Sachverhalt bezüglich der von den Berufungsklägern als Kündigungsgrund benannten Pflichtverletzung nicht vorliegt. Dies gilt sodann umso mehr, als sich im Gegenteil dem von den Berufungsklägern eingereichten Mietvertragsentwurf entnehmen lässt, dass die streitgegenständliche Liegenschaft vom Berufungsbeklagten 1 *"im jetzigen Zustand übernommen"* werde, wobei *"der Mietzins sehr tief gehalten"* sei und *"im Gegenzug alle Unterhaltsarbeiten (im Haus und ums Haus inkl. Schwimmbad), um das Haus bewohnbar zu machen, sowie alle Instandstellungsarbeiten"* vom Berufungsbeklagten 1 zu tragen seien (act. 3/3 S. 2)

4.2.7 Der Vollständigkeit halber festzuhalten ist sodann, dass nach dem Gesagten nicht im Sinne von Art. 257 ZPO klar ist, dass sich die Berufungsbeklagten heute ohne Rechtsgrund in der streitgegenständlichen Liegenschaft befinden. Dass die Berufungskläger deshalb – unabhängig davon, wie die Vorfrage nach dem Bestehen eines Mietverhältnisses bzw. dessen gültiger Auflösung beantwortet werde – die Ausweisung der Berufungsbeklagten gestützt auf Art. 641 ZGB verlangen könnten, erweist sich deshalb entgegen den Berufungsklägern (vgl. act. 18 etwa S. 12 f., Rz. 32 ff.; act. 42 S. 13, Rz. 32) als unzutreffend.

4.2.8 Im Ergebnis bleibt es deshalb bei der vorinstanzlichen Feststellung, wonach kein klarer Sachverhalt vorliege, weshalb die Vorinstanz den von den Berufungsklägern beantragten Rechtsschutz zu Recht nicht gewährt und die Berufungskläger auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verwiesen hat. Die Berufung ist damit abzuweisen.

### III.

#### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1 Der Streitwert des Ausweisungsverfahrens richtet sich nach den Bruttomietzinsen für die vom jeweiligen Verfahren betroffene Zeitdauer, während welcher der Vermieter nicht über das Mietobjekt verfügen kann. Steht jedoch in Frage, ob die Kündigung zu Recht erfolgte, so ist zu prüfen, per welchen Zeitpunkt der Ver-

mieter das Mietverhältnis im Falle des Obsiegens des Mieters frühestmöglich ordentlich kündigen könnte. Geht es um Wohn- oder Geschäftsräume, so hat dies im Allgemeinen die Berücksichtigung der dreijährigen Kündungssperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR zur Folge (BGE 144 III 346; vgl. weiter etwa OGer ZH LF170026 vom 27. Juni 2017, E. 2.1.1; OGer ZH PF160017 vom 14. Juni 2016, E. II./1.2 mit weiteren Hinweisen).

1.2 Da nicht nur das Vorliegen eines Mietverhältnisses sondern auch dessen gültige Auflösung in Frage stehen, ist der Streitwert unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist zu berechnen und beträgt demensprechend ausgehend vom 14. Januar 2021 (Datum der Einleitung des Rechtsmittelverfahrens) sowie unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten (Art. 266c OR) auf einen ortsüblichen Termin Fr. 180'000.– (45 x Fr. 4'000.–). Ausgehend davon ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

2. Ferner sind die Berufungskläger ausgangs- und antragsgemäss (vgl. act. 39 S. 2) zu verpflichten, der Berufungsbeklagten 2 eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 2'800.– zzgl. 7,7 % MwSt. festzusetzen. Dem Berufungsbeklagten 1 ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 29. Dezember 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt, den Berufungsklägern je zur Hälfte – unter solidarischer Haftung eines jeden für den ganzen Betrag – auferlegt und teilweise aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Restbetrag stellt die Obergerichtskasse den Berufungsklägern Rechnung.
3. Die Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung eines jeden für den gesamten Betrag verpflichtet, der Berufungsbeklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– zzgl. 7.7 % MwSt. zu bezahlen.
4. Dem Berufungsbeklagten 1 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten je unter Beilage eines Doppels von act. 42, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr.180'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: