

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF210073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 13. Oktober 2021

in Sachen

1. **A.**_____, Dr.,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

C._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

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

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. September 2021 (ER210086)

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger 1 (fortan Berufungskläger 1) mietete vom Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagter) mit Mietverträgen vom 31. August 2020 eine 4.5-Zimmerwohnung im 1. Obergeschoss rechts inkl. Kellerabteil sowie den Aussenparkplatz Nr. ... am D.____-weg ... in ... Zürich (act. 3/8–9). Der Berufungsbeklagte hatte im November/Dezember 2020 den Berufungskläger 1 für ausstehende Mietzinszahlungen gemahnt und ihm schliesslich gekündigt. Im März 2021 bemerkte er, dass die Kündigung nichtig war, weil die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin 2 (fortan Berufungsklägerin 2 bzw. zusammen mit dem Berufungskläger 1 *die* Berufungskläger [pl.]) zwischenzeitlich ebenfalls an der Adresse wohnte und es sich damit um eine Familienwohnung handelte (act. 1 Rz. 8 ff.). Mit Schreiben vom 10. März 2021 mahnte der Berufungsbeklagte die Berufungskläger je separat für ausstehende Mietzinse und setzte ihnen Frist zur Zahlung unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung an (act. 3/26–27). Diese Mahnungen mit Kündigungsandrohung lagen den Berufungsklägern je mit siebentägiger Frist bis am 18. März 2021 bei der Post zur Abholung bereit und wurden danach an den Absender retourniert (act. 3/26–27).

Am 23. April 2021 kündigte der Berufungsbeklagte den Berufungsklägern die Mietverhältnisse über die Wohnung und den Parkplatz unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 31. Mai 2021 ausserordentlich infolge Zahlungsverzugs gemäss Art. 257d OR. Diese Kündigungsschreiben lagen den Berufungsklägern je ab dem 24. April 2021 zur Abholung bereit. Innert verlängerter Frist wurden die Sendungen am 7. Mai 2021 je am Schalter zugestellt (act. 3/29–30). Die Berufungskläger haben die Mietobjekte bis heute dem Berufungsbeklagten nicht zurückgegeben.

2. Der Berufungsbeklagte leitete mit Eingabe vom 18. Juni 2021 beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) ein Ausweisungsverfahren (Rechtsschutz in klaren Fällen) gegen die Berufungskläger ein (act. 1).

Die Vorinstanz holte daraufhin u.a. eine Stellungnahme der Berufungskläger (act. 4 ff., insb. act. 8) sowie eine diesbezügliche Stellungnahme des Berufungsbeklagten ein (act. 9 ff., insb. act. 11). Die Berufungskläger liessen sich daraufhin nicht mehr vernehmen (act. 15 ff.).

Mit Urteil vom 8. September 2021 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren des Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungskläger, die Wohnung inklusive Nebenräume und Parkplatz unverzüglich zu räumen, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 20 = act. 23 = act. 25, nachfolgend zitiert als act. 23).

3. Mit Eingabe vom 27. September 2021 (Datum Poststempel) erhoben die Berufungskläger gegen diesen Entscheid rechtzeitig Berufung und stellen die folgenden Anträge (act. 24, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 21/1–2).

- " 1. Das Urteil vom Bezirksgericht Zürich vom 8. September 2021, Geschäftsnummer ER210086-L sei aufzuheben und im Sinne der geltenden Rechtsprechung sei [der] Mietvertrag zwischen den Parteien immer noch gültig erklären.
2. Die Anweisung des Bezirksgericht am Stadtmannamt Zürich ... sei zurückzurufen.
3. Die Kosten dieser Berufung sei der Gegenpartei aufzuerlegen.
4. Die Kosten des Bezirksgerichts Zürich sei der Gegenpartei aufzuerlegen."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–21). Der Rechtsmitteleingang wurde den Parteien angezeigt (act. 26). In Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO wurde davon abgesehen, dem Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung anzusetzen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist dem Berufungsbeklagten ein Doppel von act. 24 zuzustellen.

II.

1.1 Gegen erstinstanzliche Endentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert

der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO).

1.2 Geht es in einem Verfahren nach Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) nicht nur um die Frage der Ausweisung als solche, sondern ist vorfrageweise auch die Gültigkeit der Kündigung bzw. der (Fort-)Bestand des Mietverhältnisses umstritten, so ist nach der Praxis der Kammer die drohende dreijährige Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR bei der Berechnung des Streitwerts zu berücksichtigen – ohne Hinzurechnung der voraussichtlichen Verfahrensdauer (OGer ZH, PF200046 vom 3. April 2020, E. 2.5; LF200042 vom 16. Oktober 2020, E. 2.1; im Ergebnis wohl gleich BGE 144 III 346, E. 1.2.2). Zusätzlich zur dreijährigen Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR ist sodann zu berücksichtigen, auf welchen Zeitpunkt hin nach Ablauf der Sperrfrist das Mietverhältnis frühestens gekündigt werden kann (BGE 137 III 389, E. 1.1, S. 391; OGer ZH, NG190021 vom 16. April 2020, E. 3.1; LF200042 vom 16. Oktober 2020, E. 2.1; so wohl auch BGE 144 III 346, E. 1.2.2.3 mit Verweis auf BGE 137 III 389, E. 1.1). Der Beginn der Frist bildet dabei das Datum des angefochtenen Entscheides (BGE 137 III 389, E. 1.1).

1.3 Die Berufungskläger hatten bereits in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz geltend gemacht, die Kündigung sei "unwirksam" (vgl. act. 8), wie sie dies auch vor der Kammer noch tun (act. 24). Mithin war bzw. ist der (Fort-)Bestand des Mietverhältnisses letztlich strittig. Praxisgemäss ist – entgegen der Vorinstanz, welche von einem Streitwert von Fr. 26'232.– entsprechend sechs Monatsmieten ausging – nicht auf den Mietwert von sechs Monaten abzustellen, sondern, wie dargelegt, auf den Mietwert einer dreijährigen Sperrfrist zuzüglich der Frist bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin.

Das angefochtene Urteil wurde den Parteien Ende September 2021 eröffnet (act. 21/1–2). Die dreijährige Sperrfrist würde damit – wäre kein Rechtsmittel erhoben worden – im September 2024 ablaufen. Der vertraglich frühestmögliche Kündigungstermin (act. 3/8) wäre damit Ende März 2025. Der Streitwert entspricht folglich dem (Brutto-)Mietzins für rund drei Jahre und sechs Monate, also rund

Fr. 183'624.– (42 Monate à Fr. 4'372.–; vgl. act. 3/8–10). Demzufolge ist die Berufung grundsätzlich zulässig.

2. Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Berufung ist innerhalb der Rechtsmittelfrist schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelanträgen versehen einzureichen (Art. 311 ZPO). Bei Rechtsmitteleingaben von Laien genügt als Antrag eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Zur Begründung reicht aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet resp. weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufung führenden Partei unrichtig sein soll. Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen.

Neue Behauptungen und Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten und wenn sie vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgetragen werden (vgl. Art. 317 ZPO).

III.

1. Gestützt auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt (E. I./1.) verlangte der Berufungsbeklagte die Ausweisung der Berufungskläger vor Vorinstanz (act. 1). Die Berufungskläger stellten sich dagegen vor Vorinstanz – soweit hier noch relevant – auf den Standpunkt, die Kündigung sei "unwirksam", da der Vermieter im Falle einer Familienwohnung jedem Ehepartner die Kündigung mit separater Post zustellen müsse. Die Kündigung sei aber nur an den Berufungskläger zugestellt worden; die Berufungsbeklagte habe die Kündigung bis heute nicht erhalten (act. 8).

2. Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten geblieben, dass sich die Berufungskläger in Zahlungsverzug befunden hätten, worauf ihnen Frist zur Zahlung

angesetzt worden sei. Die daraufhin erfolgten Kündigungen seien sodann separat an die Berufungskläger erfolgt und am 23. April 2021 der Post übergeben worden. Zwar hätten die Berufungskläger die Aufbewahrungsfrist der Sendungen am 24. April 2021 bis zum 4. Mai 2021 verlängert. Darauf komme es aber nicht an und die Kündigungen gölten spätestens am 26. April 2021 (erster Werktag nach Kenntnisnahme der Sendung) als zugestellt. Im Übrigen ändere der Umstand, dass der Berufungskläger die an die Berufungsklägerin gerichtete Sendung bei der Post abgeholt habe, nichts daran, dass die Sendung als ihr zugestellt gelte. Würden beide Briefe nach den Geschäftsbedingungen der Post dem einen Ehegatten ausgehändigt, hindere die fehlende tatsächliche Kenntnisnahme des anderen die Gültigkeit nicht (u.H.a. BGE 118 II 42, E. 3b und BSK OR-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 266m/n N 6; act. 23 E. 4. u. 5., insb. 5.3.).

3.1 Die Berufungskläger stellen im Rahmen der Berufung weder in Frage, dass sie sich in Zahlungsverzug befunden haben, noch, dass sie im Hinblick auf diesen Zahlungsverzug korrekt abgemahnt wurden. Damit blieb unbestritten und die Vorinstanz erkannte zu Recht, dass die Voraussetzungen für die Zahlungsverzugs-kündigung im Sinne von Art. 257d OR gegeben waren (act. 23 E. 4.1. u. 5.3.).

3.2 Indes erachten sie die Kündigung nach wie vor aus dem Grund als unwirksam, weil diese der Berufungsklägerin 2 nicht persönlich durch die Post übergeben worden sei. Der Berufungskläger 1 habe beide Sendungen bei der Post abgeholt, womit die Sendungen nicht eigenhändig von jedem Ehepartner in Empfang genommen worden seien. Damit sei die Zustellung nicht formell korrekt an beide Ehepartner erfolgt, und der Mietvertrag gelte weiter (act. 24 S. 2 ff.).

4. Die schriftliche Kündigung mit amtlich genehmigtem Formular ist gestützt auf die Bestimmung von Art. 266n OR separat jedem Ehegatten zuzustellen. Dabei handelt es sich um ein rein formales Erfordernis, welches den Ehegatten die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Erklärung zwecks Wahrung ihrer Rechte erleichtern soll. Das Erfordernis der separaten Zustellung ist auf dem Postweg dann eingehalten, wenn dieselbe, der gesetzlichen Form entsprechende Erklärung zweimal, namentlich je in einem separaten Briefumschlag unter Nennung jeweils nur eines der beiden Ehegatten als Adressat versendet wird (z.B.: ZK OR-HIGI,

5. Aufl. 2020, Art. 266n N 35 ff.).

Nicht erforderlich ist, dass die postalisch erfolgte Kündigung auch tatsächlich jedem Ehegatten einzeln ausgehändigt wird. Vielmehr ist die separate Zustellung erfolgt, wenn jede der Kündigungen im Machtbereich eines jeden Ehegatten eingetroffen ist. Dies ist bei eingeschriebenen Postsendungen, die nicht zugestellt werden konnten, dann der Fall, sobald der Empfänger die Sendung mit der im Briefkasten vorgefundenen Abholungseinladung erstmals bei der Poststelle abholen kann, was in der Regel der Tag nach Deponierung der Abholeinladung ist (sog. *uneingeschränkte Empfangstheorie*, vgl. statt vieler: BGE 143 III 14, E. 4.1; BGE 137 III 208, E. 3.1.2). Ob der Adressat die Sendung denn auch tatsächlich in Empfang bzw. von der Sendung auch tatsächlich Kenntnis nimmt, ist dagegen nicht entscheidend. Insbesondere trägt der Adressat auch das Risiko, dass ihm eine mit dem Empfang des Briefes betraute Person die Sendung verheimlicht (BGE 118 II 42, E. 3b).

5. Dass die Kündigung an sie jeweils separat und unter Einhaltung der genannten Erfordernisse erfolgt ist, mithin je separat eine Kündigung an jeden von ihnen versandt wurde und sie je einzeln avisiert wurden, stellen die Berufungskläger grundsätzlich nicht in Frage, und dies ergibt sich auch aus den vorinstanzlichen Akten (act. 2/29–30). Ebenso wenig bestreiten sie die korrekte Zustellung an den Berufungskläger 1. Wie gezeigt stören sie sich einzig daran, dass die Kündigung nicht separat an die Berufungsklägerin 2 ausgehändigt worden ist, sondern der Berufungskläger 1 beide Schreiben im Empfang genommen hat.

Gestützt auf das Dargelegte gehen die Berufungskläger aber mit ihrer Auffassung fehl, dass ein separates Aushändigen Erfordernis für die Gültigkeit der Kündigungen ist. Vielmehr galt die Kündigung gestützt auf die uneingeschränkte Empfangstheorie bereits am (ersten Werk-)Tag nach Vorfinden der Abholeinladung als der Berufungsklägerin 2 zugegangen, mithin am 26. April 2021, dies ungeachtet des Umstandes, dass es letztlich der Berufungskläger war, der die Sendung innert verlängerter Frist bei der Post abholte und auch unabhängig davon, ob die Berufungsklägerin 2 vom Inhalt des Schreibens in der Folge tatsächlich Kenntnis erlangte. Entsprechend erfolgte die Kündigung gültig an beide Berufungskläger.

6. Gestützt auf das Dargelegte ist die Berufung abzuweisen.

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 summarischen Verfahren die Hälfte bis drei Viertel der ordentlichen Gebühr (§ 8 Abs. 1 GebV OG). Bei einem Streitwert von Fr. 183'624.– (vgl. oben, E. II./1) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 2 und Abs. 3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.
2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens den Berufungsklägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, den Berufungsklägern zufolge ihres Unterliegens, dem Berufungsbeklagten mangels Umtrieben, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Gesuchsgegnern und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 24, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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. 183'624.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: