

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220030-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 20. Juli 2022

in Sachen

A. _____ SA,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

1. **B. _____,**

2. **C. _____,**

Gesuchsteller und Berufungsbeklagte,

1, 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 31. März 2022 (ER220002)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.):

- "1. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall richterlich zu befehlen, die 5.5 Zimmer-Maisonette-Wohnung (inkl. die überlassenen Nebenräume [Hobbyraum, Waschküche, Kellerabteil]), Erdgeschoss/1. Obergeschoss, Objekt-Nr. 1, D.____-strasse ..., E.____, sowie die zugehörigen Einstellplätze Nrn. 1 und 2 (Objekt-Nrn. 2 und 3), ebenso D.____-strasse ..., E.____, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und an die Gesuchsteller zu übergeben.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall richterlich zu befehlen, die 5.5 Zimmer-Maisonette-Wohnung (inkl. die überlassenen Nebenräume [Hobbyraum, Waschküche, Kellerabteil]), Erdgeschoss/1. Obergeschoss, Objekt-Nr. 4, D.____-strasse ..., E.____, sowie die zugehörigen Einstellplätze Nrn. 5 und 6 (Objekt-Nrn. 5 und 6), ebenso D.____-strasse ..., E.____, unverzüglich zu räumen, zu reinigen und an die Gesuchsteller zu übergeben.
3. Das Gemeindeammannamt F.____, G.____-strasse ..., E.____, sei richterlich anzuweisen, die Ausweisungsbefehle gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend und ab Vollstreckbarkeit des vorliegenden Urteils, auf erstes Verlangen der Gesuchsteller sowie unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin, zu vollstrecken.
4. Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, den Gesuchstellern Fr. 11'700.- zu bezahlen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Einzelgerichtes:

(act. 27 S. 12 ff.)

1. Die **Gesuchsgegnerin** wird unter Androhung von **Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall** verpflichtet, die 5.5 Zimmer-Maisonette-Wohnung (inkl. die überlassenen Nebenräume [Hobbyraum, Waschküche, Kellerabteil]), Erdgeschoss/1. Obergeschoss, Objekt-Nr. 1, D.____-strasse ..., E.____, sowie die zugehörigen Einstellplätze Nrn. 1 und 2 (Objekt-Nrn. 2 und 3), ebenso D.____-strasse ..., E.____, **bis spätestens 14. April**

2022, 12:00 Uhr mittags, zu räumen, zu reinigen und an die Gesuchsteller zu übergeben.

2. Die **Gesuchsgegnerin** wird unter Androhung von **Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall** verpflichtet, die 5.5 Zimmer-Maisonette-Wohnung (inkl. die überlassenen Nebenräume [Hobbyraum, Waschküche, Kellerabteil]), Erdgeschoss/1. Obergeschoss, Objekt-Nr. 4, D.____-strasse ..., E.____, sowie die zugehörigen Einstellplätze Nrn. 5 und 6 (Objekt-Nrn. 5 und 6), ebenso D.____-strasse ..., E.____, **bis spätestens 14. April 2022, 12:00 Uhr** mittags, zu räumen, zu reinigen und an die Gesuchsteller zu übergeben.
3. Das Gemeindeammannamt F.____ wird angewiesen, diese Verpflichtungen gemäss Dispositiv Ziffer 1 und 2 nach Ablauf der Auszugsfrist auf erstes Verlangen der Gesuchsteller zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von den Gesuchstellern vorzuschüssen, ihnen aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
Diese Anweisung verfällt 6 Monate nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellern den Betrag von CHF 11'700.– zu bezahlen.
5. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf CHF 6'050.–.
6. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.
7. Die Gerichtskosten werden aus dem von den Gesuchstellern geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'050.– bezogen, sind ihnen aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
8. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, den Gesuchstellern eine Parteient-schädigung von insgesamt CHF 5'285.– (7.7 % MwSt darin enthalten) zu bezahlen.
- 9./10. (Mitteilung/Rechtsmittel.)

Berufungsanträge:

(act. 28 S. 2):

- "1. Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 31. März 2022 (Geschäfts-Nr. ER220002-G) seien aufzuheben und auf das Ausweisungsgesuch sei nicht einzutreten.
2. Die Dispositiv-Ziffern 5 bis 8 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren vom 31. März 2022 (Geschäfts-Nr. ER220002-G) seien aufzuheben und die Gerichtskosten der Vorinstanz seien den Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Der Berufungsklägerin sei eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von CHF 5'285.00 zuzusprechen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte und Sachverhalt

1.1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) mietete von den Gesuchstellern und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) ab 1. April 2020 eine 5.5-Zimmer-Maisonettewohnung (Objekt-Nr. 1) und die Einstellplätze Nrn. 1 und 2 (Objekt-Nrn. 2, 3) sowie ab 1. Mai 2020 eine weitere 5.5-Zimmer-Maisonettewohnung (Objekt-Nr. 4) und die Einstellplätze Nrn. 5 und 6 (Objekt-Nrn. 5, 6) an der D. _____-strasse ... in E. _____ zu einem monatlichen Bruttomietzins von insgesamt Fr. 11'700.– (Wohnungen je Fr. 5'550.–, zwei Einstellplätze je Fr. 300.–; act. 1 Rz. ff.; act. 3/1-4). Mit zwei Schreiben vom 7. Oktober 2021 mahnten die Berufungsbeklagten die Berufungsklägerin für ausstehende Beträge betreffend "Miete per 10.2021" von je Fr. 5'850.– und führten zusätzliche Mahnspesen von je Fr. 30.– auf. In denselben Schreiben setzten sie der Berufungsklägerin – unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR – eine Frist von dreissig Tagen zur Zahlung (act. 3/9-10). Die Zustellung der darauffolgenden Kündigungen der beiden Maisonettewohnungen und der Einstellplätze mit Formularen vom 16. November 2021 per 31. Dezember 2021 wurde von der Berufungsklägerin vorinstanzlich be-

stritten (act. 3/13-16; act. 13 Rz. 10), weshalb nachfolgend näher darauf einzugehen ist.

1.2. Die Berufungsbeklagten beantragten mit Eingabe vom 24. Januar 2022 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) gestützt auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt die Ausweisung der Berufungsklägerin (act. 1; act. 3/1-22). Mit Verfügung vom 27. Januar 2022 verpflichtete die Vorinstanz die Berufungsbeklagten zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 5). Der Kostenvorschuss ging in der Folge fristgerecht ein (act. 7) und der Berufungsklägerin wurde mit Verfügung vom 8. Februar 2022 Frist zur Stellungnahme zum Ausweisungsbegehren angesetzt (act. 11). Die Stellungnahme der Berufungsklägerin erfolgte mit Eingabe vom 22. Februar 2022 (act. 13 und Beilagen act. 14/1-4) und wurde den Berufungsbeklagten zur Kenntnisnahme zugestellt, woraufhin diese mit Eingabe vom 7. März 2022 dazu Stellungnahmen (act. 16 bis act. 19/1-4). Nach Zustellung dieser Eingabe an die Berufungsklägerin äusserte sie sich mit Eingabe vom 21. März 2022 nochmals (act. 20 bis act. 22). In der Folge hiess die Vorinstanz mit Urteil vom 31. März 2022 die Ausweisungsgesuche der Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungsklägerin, den Berufungsbeklagten den Betrag von Fr. 11'700.– zu bezahlen (act. 24 = act. 27 [Aktenexemplar] = act. 29).

1.3. Mit Eingabe vom 11. April 2022 erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig bei der hiesigen Kammer Berufung (act. 28). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 bis 27). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Den Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungsschrift zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend beträgt der

monatliche Bruttogesamtmietzins Fr. 11'700.– (vgl. act. 1 Rz. 8, act. 3/1-4, act. 27 E. VIII), weshalb die Berufung – für das Ausweisungsbegehren ist der Mietwert massgebend, der durch die Verzögerung infolge des Ausweisungsverfahrens entsteht (vgl. BGE 144 III 346 ff., E. 1.2.1 f.), zuzüglich die Mietzinsforderung im Betrag von Fr. 11'700.– – ohne Weiteres zulässig ist.

2.2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufung muss konkrete Rechtsbegehren, d.h. Berufungsanträge bzw. Abänderungsbegehren hinsichtlich des erstinstanzlichen Entscheids, und eine Begründung dieser Rechtsbegehren enthalten. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids (bzw. dessen Dispositivs) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzändern ist (vgl. REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2016, Art. 311 N 33 ff.).

2.3. Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen) frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, die Berufung erhebende Partei setzt sich mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinander und zeigt konkret auf, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn eine Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit

welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung der die Berufung erhebenden Partei noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass die Zahlung der Berufungsklägerin vom 7. Oktober 2021 von Fr. 11'700.– von den Berufungsbeklagten unter Anwendung von Art. 87 OR zurecht auf den Monat September 2021 angerechnet worden sei (act. 27 E. IV). Weiter sei von der Berufungsklägerin unbestritten geblieben, dass die Zustellung der Kündigung vorprozessual nie bestritten worden sei. Dass sich die Berufungsbeklagten zunächst darauf beschränkt hätten, die Zustellung der Kündigung nur zu behaupten bzw. mit den korrekten Sendungsnummern der Post zu belegen, könne ihnen daher nicht zum Nachteil gereichen. Die Behauptung der Berufungsklägerin, am 17. November 2021 keine Postzustellungen von den Berufungsbeklagten erhalten zu haben, entspreche nachgewiesenermassen nicht der Wahrheit und das Bestreiten der Kündigungszustellung habe daher unberücksichtigt zu bleiben (act. 27 E. V). Zusammenfassend ergebe sich, dass die Kündigungen per 31. Dezember 2021 betreffend die im Rechtsbegehren erwähnten Räumlichkeiten gestützt auf Art. 257d OR form- und fristgerecht erfolgt seien. Die Berufungsklägerin verfüge seit dem 1. Januar 2022 über keinen Rechtstitel mehr, der es ihr erlauben würde, in den Mietobjekten zu bleiben. Das Ausweisungsbegehren sei daher gutzuheissen und eine Zwangsmassnahme in Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO erscheine angemessen. Zudem sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, den Berufungsbeklagten den Mietzins von Fr. 11'700.– für den Monat Dezember 2021 zu bezahlen (act. 27 E. VI f.).

3.2. Die Berufungsklägerin beanstandet zusammengefasst, dass die Vorinstanz verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und verspätet eingereichte Beweismittel der Berufungsbeklagten berücksichtigt und damit Art. 229 ZPO verletzt habe. Die Vorinstanz komme einerseits – zumindest implizit – zum Schluss, dass es den Berufungsbeklagten mit ihrem Gesuch nicht gelungen sei, das Zustellen der Kündigung zu beweisen. Folglich hätte sie auf das Gesuch nicht eintreten dür-

fen. Sie erwäge dann aber, die Novenschranke sei im vorliegenden Verfahren irrelevant, weil die "Wahrheitsfindung" über der Novenschranke stehe. Nach Ansicht der Vorinstanz könnten Noven in einem Prozess somit grundsätzlich unbeschränkt vorgebracht werden, wenn es der Wahrheitsfindung diene. Hierzu sei zu bemerken, dass Noven immer der Wahrheitsfindung dienen würden und man mit solchen grundsätzlich immer belegen wolle, dass die Behauptungen der Gegenpartei falsch bzw. "unwahr" seien. Diese Haltung verletze in krasser Art und Weise Art. 229 ZPO. Die neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel der Berufungsbeklagten bezüglich der Zustellung der Kündigung hätten damit nicht mehr berücksichtigt werden dürfen.

Weiter beanstandet die Berufungsklägerin, die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es sei in ihrer Stellungnahme vom 21. März 2022 (act. 22) unbestritten geblieben, dass die Zustellung der Kündigung vorprozessual von ihr (der Berufungsklägerin) nie bestritten worden sei. Diese neue Tatsachenbehauptung der Berufungsbeklagten hätte bei der Entscheidungsfindung ebenfalls nicht berücksichtigt werden dürfen, da es sich um ein unzulässiges Novum handle. Die Berufungsbeklagten hätten diese Behauptung erst in der Replik aufgestellt, was verspätet sei. Es sei nicht notwendig, verspätet vorgebrachte Tatsachenbehauptungen zu bestreiten, da das Gericht diese nicht berücksichtigen dürfe. Ausserdem sei es ohnehin irrelevant, was sich "vorprozessual" zwischen den Parteien abgespielt habe. Auf das Gesuch im Rechtsschutz in klaren Fällen dürfe nur eingetreten werden, wenn der vor Gericht (und nicht vorprozessual) geltend gemachte Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar sei, was vorliegend – wie dargelegt – nicht der Fall gewesen sei. Zusammenfassend habe offensichtlich nach dem ersten Schriftenwechsel weder ein unbestrittener noch ein sofort beweisbarer Sachverhalt vorgelegen, weshalb kein Fall eines Rechtsschutzes in klaren Fällen vorliege. Die rechtswirksame Zustellung der Kündigung habe sich nicht sofort beweisen lassen. Entsprechend hätte die Vorinstanz auch die in Dispositivziffer 4 zugesprochene Forderung nicht zusprechen dürfen (act. 28 Rz. 5 ff.).

3.3. Das Gericht gewährt Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 Abs. 1 ZPO, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtsla-

ge klar ist. Dies bedeutet, dass folgende Voraussetzungen bereits im erstinstanzlichen Verfahren gegeben sein müssen: Der Sachverhalt muss liquid und die Rechtslage muss klar sein. Die Liquidität des Sachverhaltes und die Klarheit der Rechtslage müssen somit den Vorbringen der Gegenpartei standhalten. Ein unbestrittener Sachverhalt liegt vor, wenn die beklagte Partei die anspruchsbegründenden Behauptungen der klagenden Partei nicht bestreitet bzw. sich gar nicht äussert oder säumig ist. Bestreitet die beklagte Partei den Sachverhalt, so kann der Rechtschutz nur gewährt werden, wenn die klagende Partei den Sachverhalt sofort zu beweisen vermag. Sofort beweisbar ist ein Sachverhalt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann (HOFMANN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2017, Art. 257 N 8 ff.; BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Ein solcher rascher Nachweis kann primär mithilfe von Urkunden i.S.v. Art. 177 ZPO erfolgen, soweit diese nicht zeitaufwendig ediert werden müssen (TANNER, in: Haas/Marghitola, Das erstinstanzliche Verfahren, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, 2020, Rz. 24.8). Es ist vom Gesuchsteller nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folglich zu verlangen, dass er sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründeten Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen. Demnach muss es für die Verneinung eines klaren Falles genügen, dass der Gesuchsgegner substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Ein klarer Fall ist demgegenüber zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagten Einwände könne daran nichts ändern (BGE 138 III 620 E. 5.1.1).

3.4. Inwiefern es sich – wie von der Vorinstanz erwogen – beim Bestreiten der Zustellung der Kündigungsschreiben der Berufungsklägerin bzw. der Behauptung, dass die Berufungsklägerin am 17. November 2021 keine Postsendungen von den Berufungsbeklagten erhalten habe, um eine unzulässige, bewusst unwahre Bestreitung bzw. Tatsachenbehauptung, welche unter Anwendung von Art. 52

ZPO unberücksichtigt zu bleiben hätte, handelt (vgl. act. 27 E. V. 3.), kann aufgrund den nachfolgenden Erwägungen offen gelassen werden.

3.5. Vorerst ist festzuhalten, dass die Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren in der Stellungnahme vom 7. März 2022 neue Tatsachen behaupteten und neue Beweismittel einreichten (act. 18 Rz. 10.2.3; act. 19/1-4). Aufgrund der Beanstandung der Berufungsklägerin, dass diese Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mit Blick auf Art. 229 ZPO verspätet vorgebracht worden seien (act. 28 Rz. 10), ist nachfolgend zu prüfen, ob diese zur Entscheidungsfindung berücksichtigt werden dürfen.

3.5.1. Wie von der Vorinstanz ausgeführt, gilt im summarischen Verfahren – im Gegensatz zum ordentlichen und zum vereinfachten Verfahren – der Grundsatz, dass jede Partei nur einmal frei Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nach der ersten umfassenden Äusserungsmöglichkeit tritt der Aktenschluss ein. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind danach nur noch unter den Voraussetzungen für Noven zulässig (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1; SOGO/BAEHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 315; KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, Rz. 678). Es wurde vorinstanzlich weder eine Verhandlung durchgeführt, noch ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 27 E. II). Die Zulässigkeit von Noven in der zweiten Rechtsschrift ergibt sich somit vorliegend nicht daraus, dass das summarische Verfahren ausnahmsweise über die einmalige Anhörung hinausgehend erweitert wurde (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1; BGE 144 III 117 E. 2.2). Entsprechend ist vorliegend der Aktenschluss nach der erstmaligen umfassenden Äusserungsmöglichkeit der Parteien eingetreten. Nach Aktenschluss haben die Parteien nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO das Recht, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Dies gilt sinngemäss auch im summarischen Verfahren (vgl. BGE 146 III 237 E. 3.1). Die Berufungsbeklagten machten in ihrer Stellungnahme vom 7. März 2022 geltend, von ihrem unbedingten verfassungsmässigen Replikrecht Gebrauch zu machen, weshalb sie der Vorinstanz innert zehn Tagen eine Stellungnahme einreichten (act. 18 Rz. 2). Im Zentrum der Betrachtung steht im vorliegenden Berufungsver-

fahren deshalb die Frage, ob es sich bei der darin enthaltenen neuen und relevanten Tatsachenbehauptung und den Beweismitteln um unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO handelt.

3.5.2. Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, welche bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der klagenden Partei weder möglich noch zumutbar ist, auf Vorrat in ihrer Replik – bzw. vorliegend im verfahrenseinleitenden Gesuch – sämtliche denkbaren Noven zu entkräften, mit denen der Prozessstoff noch ausgedehnt werden könnte. Damit der klagenden Partei der Sorgfaltsnachweis nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO gelingt, ist immer unabdingbar, dass die Dupliknoven für diese Noveneingabe kausal sind. Erforderlich ist somit einerseits, dass (erst) die Dupliknoven das Vorbringen der unechten Noven veranlasst haben, andererseits, dass die unechten Noven in technischer bzw. thematischer Hinsicht als Reaktion auf die Dupliknoven aufzufassen sind. Nachzuweisen ist demnach ein Kausalzusammenhang zwischen dem unechten Novum aus der Replikeingabe und den Noven der beklagten Partei. Gelingt der klagenden Partei dieser Nachweis, ist das in der Replikeingabe vorgebrachte Novum zuzulassen, soweit die materiellen und formellen Anforderungen an die Noveneingabe erfüllt sind. Für die Prüfung des Kausalzusammenhangs ist folglich eine genaue Betrachtung der zur Diskussion stehenden neuen Tatsachen und Beweismittel unumgänglich (BGE 146 III 55 E. 2.5.2, m.w.H.; BGE 146 III 416 E. 6; REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, Rz. 119). Da es sich vorliegend um ein summarisches Verfahren handelt, bei welchem – wie oben erwähnt – der Aktenschluss nach je einer Äusserungsmöglichkeit beider Parteien eintritt, ist diese Rechtsprechung analog nach dem ersten Schriftenwechsel anzuwenden.

3.5.3. Hinsichtlich der zumutbaren Sorgfalt im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO sind im konkreten Fall einerseits die Besonderheiten des Verfahrens des Rechtsschutzes in klaren Fällen zu berücksichtigen. Andererseits ist zu prüfen, ob die Noven der Berufungsbeklagten kausal zu den Vorbringen in der Stellungnahme

der Berufungsklägerin waren. Ob es zusätzlich auf die fehlende Voraussehbarkeit der Ausführungen der Gegenpartei in der Stellungnahme ankommt, wird in der Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. In BGE 146 III 55 (E. 2.5.2 f.) hat das Bundesgericht eine Noveneingabe der klagenden Partei, die zur Entkräftung von Dupliknoten eingebracht wurde, unabhängig davon zugelassen, ob die Dupliknoten voraussehbar waren (SOGO/NAEGELI, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2021, Art. 229 E. 9 ff. m.w.H.). Mit Blick auf den Zweck des summarischen Verfahrens und insbesondere im Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO erscheint es jedoch sinnvoll, an die Voraussehbarkeit anzuknüpfen. Es ist aber kein strenger Massstab anzulegen, um der gesuchstellenden Partei die Verfahrensführung nicht übermässig zu erschweren und ausufernde Gesuche zu vermeiden (vgl. SOGO/BAECHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020, S. 326).

Vorliegend reichten die Berufungsbeklagten der Vorinstanz mit ihrem Gesuch zum Nachweis der Zustellung der Kündigungen vier Sendungsverfolgungen mit den Übertiteln "Einschreiben Inland" (sog. "Track & Trace" der Post) ein. Auf diesen ist ersichtlich, dass vier eingeschriebene Sendungen am selben Tag (16. November 2021) verschickt und alle von derselben Poststelle am darauffolgenden Tag dem Empfänger zugestellt wurden. Zudem lässt sich den eingereichten Dokumenten entnehmen, dass die Sendungsnummern direkt aufeinander folgen (Nrn. 7 und [...]8; act. 3/18). Aufgrund der eingereichten Kündigungsschreiben vom 16. November 2021 liegt ein Zusammenhang zwischen den vier Sendungen und den vier Kündigungsschreiben, welche alle am Versandtag datiert sind, sehr nahe.

Weiter ist die Vorinstanz insofern zu bestätigen, als dass die in der Replik von den Berufungsbeklagten aufgestellte Tatsachenbehauptung – die vorprozessuale Kontaktaufnahme zwischen den Parteien zeige, dass die Berufungsklägerin die Kündigung erhalten habe bzw. die Zustellung von der Berufungsklägerin vorprozessual nicht bestritten worden sei (act. 18 Rz. 10.2.3; vgl. act. 22) – von der Berufungsklägerin nicht bestritten wurde (act. 27 E. V.3). Der Auffassung,

dass es sich hierbei – wie von der Berufungsklägerin geltend gemacht – um ein nicht zu berücksichtigendes Novum handle, ist zu widersprechen. Die Berufungsbeklagten hatten erst durch die Stellungnahme der Berufungsklägerin Grund, sich zur Voraussehbarkeit der Bestreitung der Zustellung zu äussern, da sie erst dadurch Kenntnis hiervon erhielten. Entsprechend ist die Kausalität zwischen den Vorbringen der Berufungsklägerin in der Stellungnahme vom 22. Februar 2022 (act. 13) und den neuen Tatsachenbehauptungen der Berufungsbeklagten in der Replik vom 7. März 2022 (act. 18) zu bejahen. Auch im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen würde es zu weit gehen, von den Gesuchstellern zu verlangen, sich bereits im Gesuch mit Bezug auf sämtliche relevanten Tatsachen dazu zu äussern, ob eine allfällige Bestreitung durch die Gegenpartei voraussehbar ist. Dementsprechend ist die mit der Replik vom 7. März 2022 vorgebrachte Tatsachenbehauptung der Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin habe die Zustellung der Kündigung vorprozessual nie bestritten, als zulässiges unechtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu beurteilen. Unter Berücksichtigung dieser von der Berufungsklägerin in der Folge stillschweigend anerkannten Tatsache war es für die Berufungsbeklagten nicht zumutbar vorauszusehen, dass die Berufungsklägerin die Zustellung der Kündigungen trotz der vier eingereichten Sendungsverfolgungen bestreiten werde. Es ist den Berufungsbeklagten vor diesem Hintergrund nicht zum Vorwurf zu machen, dass sie sich zunächst (in ihrem Gesuch) darauf beschränkten, zum Beweis der Zustellung der Kündigungen auf die Track&Trace-Angaben der Post zu den erwähnten vier Sendungen vom Datum der Kündigungen zu verweisen.

Wie bereits erwähnt bestritt die Berufungsklägerin die Zustellung der Kündigungen in der Stellungnahme vom 22. Februar 2022 (act. 13 Rz. 10). Im Einzelnen bestritt sie, dass die Kündigungen mit den erwähnten Sendungsverfolgungsnummern verschickt und ihr, der Berufungsklägerin, am 17. November 2021 zugestellt worden seien. Sie habe an diesem Datum keine Sendungen der Berufungsbeklagten erhalten. Ein Beweis, dass die vier Sendungen einerseits die Kündigungen enthielten und andererseits an die Berufungsklägerin adressiert und ihr zugestellt worden seien, liege nicht vor. Die mit der der Replik der Berufungsbeklagten vom 7. März 2022 eingereichten Beweismittel (detaillierte Empfangsbe-

stätigungen der Post CH AG über die Zustellung der erwähnten vier Sendungen an die Berufungsklägerin am 17. November 2021, act. 19/1-4) sind damit thematisch kausal zur Bestreitung bzw. Behauptung der Berufungsklägerin. Die Voraussetzung der Kausalität ist somit ebenfalls zu bejahen.

3.5.4. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die mit der Replik vom 7. März 2022 vorgebrachte neue Tatsachenbehauptung und die eingereichten Beweismittel erst durch die Ausführungen der Berufungsklägerin in der Stellungnahme vom 22. Februar 2022 veranlasst wurden. Es war für die Berufungsbeklagten vorliegend nicht voraussehbar, dass die Berufungsklägerin die Zustellung der Kündigungen wie geschildert bestreiten werde, weshalb die verspäteten Vorbringen und Beweismittel auch nach einem objektiven Sorgfaltsmassstab als entschuldbar erscheinen. Die Tatsachenbehauptung – dass die Zustellung der Kündigungen vorprozessual nicht bestritten worden sei – sowie die neuen Beweismittel (detaillierte Empfangsbestätigungen der Post CH AG; act. 19/1-4) sind somit als unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu qualifizieren, welche zur Entscheidungsfindung berücksichtigt werden dürfen.

3.6. Auf den von den Berufungsbeklagten eingereichten Empfangsbestätigungen ist ersichtlich, dass am 17. November 2021 um 14.13 Uhr vier eingeschriebene Sendungen mit den Sendungsnummern 9,7, 8 an die Berufungsklägerin gegen Unterschrift (Empfangsperson: "H._____") zugestellt wurden (act. 19/1-4). Diese Zustellungen wurden von der Berufungsklägerin in der Berufungsschrift – auch eventualiter – nicht mehr bestritten (act. 28). Dafür, dass die Zustellungen die fraglichen Rechtsakte (die Kündigungen vom gleichen Datum) enthielten, besteht (so richtig die Berufungsbeklagten, act. 18 S. 5 f.) nach der Rechtsprechung eine natürliche Vermutung, welche die Berufungsklägerin mit der blossen Bestreitung nicht zu widerlegen vermochte (BGE 124 V 400 E. 2c; OGer ZH PS170070 vom 10. April 2017, E. 3.5.4). Im Einklang mit der Vorinstanz ergibt sich somit, dass die Zustellung der Kündigungen vom 16. November 2021 per 31. Dezember 2021 von den Berufungsbeklagten sofort bewiesen werden konnte und gestützt auf Art. 257d OR ein liquider Sachverhalt und eine klare Rechtslage vorliegen.

3.7. Mit den Erwägungen zur Zusprechung der Forderung von Fr. 11'700.– in Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheides setzt sich die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift nicht näher auseinander (vgl. act. 28 Rz. 11), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

3.8. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Das Urteil der Vorinstanz vom 31. März 2022 ist zu bestätigen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgangsgemäss unterliegt die Berufungsklägerin mit der Berufung und wird kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung im Rechtsmittelverfahren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Für das vorliegende Berufungsverfahren ist bei der Streitwertberechnung vom Mietwert auszugehen, der durch die Verzögerung infolge des Summaryverfahrens selber entsteht. Diesbezüglich ist von einer Dauer von sechs Monaten auszugehen (vgl. BGE 144 III 346 ff., E. 1.2.1). Der monatliche Bruttomietzins beträgt Fr. 11'700.–, weshalb sich der Streitwert auf Fr. 81'900.– beläuft (6 x Fr. 11'700.– plus Mietzinsforderung von Fr. 11'700.–). Ausgehend von diesem Streitwert ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und der Berufungsklägerin aufzuerlegen.

4.2. Partei- oder Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen: der Berufungsklägerin nicht, weil sie mit der Berufung unterliegt, den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. März 2022 bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift (act. 28), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 81'900.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am: