

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 26. September 2022

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

C. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

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

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. August 2022 (ER220103)

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Die Berufungsklägerin 1 mietete von der Berufungsbeklagten mit Mietvertrag vom 9./11. April 2013 eine 4.5-Zimmerwohnung im Erdgeschoss, inklusive Kellerabteil in der Liegenschaft am D.____-Weg ... in Zürich (act. 4/1), und mit Mietvertrag vom 16. Mai 2013 den Einstellplatz in der Tiefgarage mit der Nummer 18 (4/4). Mit Zusatz zum Mietvertrag vom 30. September/18. Oktober 2016 wurde festgehalten, dass der Mietvertrag über die Wohnung infolge Heirat auf beide Berufungskläger laute (act. 4/2). Mit Mietvertrag vom 22. November 2022 mieteten die Berufungskläger sodann von der Berufungsbeklagten den Einstellplatz in der Tiefgarage mit der Nummer 51 (act. 4/5).

Mit Schreiben vom 11. März 2022 mahnte die Berufungsbeklagte die Berufungskläger je für ausstehende Mietzinse des Monats März 2022, die Berufungsklägerin 1 namentlich für den Betrag von Fr. 2'399.– (Wohnungsmiete und beide Parkplatzmieten, vgl. act. 4/6) und den Berufungskläger 2 für den Betrag von Fr. 2'249.– (Wohnungsmiete und eine Parkplatzmiete, vgl. act. 4/7), und setzte ihnen Frist zur Zahlung unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung an (act. 4/6–7). Diese Mahnungen mit Kündigungsandrohungen wurden den Berufungsklägern je am 14. März 2022 zugestellt (act. 4/8–9). Am 28. April 2022 kündigte die Berufungsbeklagte den Berufungsklägern die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Einstellplätze je unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 31. Mai 2022 ausserordentlich infolge Zahlungsverzugs gemäss Art. 257d OR (act. 4/10–14). Diese Kündigungen wurden den Berufungsklägern je am 29. April 2022 zugestellt (act. 15/1–5). Als Rückgabetermin wurde den Berufungsklägern in der Folge mit Schreiben vom 17. Mai 2022 der 1. Juni 2022 mitgeteilt (act. 4/16). Die Berufungskläger haben die Wohnung und die Einstellplätze bis heute nicht an die Berufungsbeklagte zurückgegeben.

2.1 Mit Eingabe vom 10. Juni 2022 verlangte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) die Ausweisung der Berufungskläger gestützt auf den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt

(Rechtsschutz in klaren Fällen) (act. 1 sowie Beilagen act. 4/1–16). Mit Verfügung vom 13. Juni 2022 setzte die Vorinstanz den Berufungsklägern Frist zur Stellungnahme an (act. 5). Die Berufungskläger erstatteten die Stellungnahme innert erstreckter Frist (act. 8 f.; act. 12 u. 14). Mit Verfügung vom 21. Juli 2022 wurde der Berufungsbeklagten daraufhin Frist zur Stellungnahme angesetzt, welche diese innert Frist erstattete (act. 15–18). Diese Stellungnahme wurde den Berufungsklägern zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs mit Verfügung vom 8. August 2022 zugestellt (act. 19), welche sich daraufhin mit Eingabe vom 18. August 2022 erneut vernehmen liessen (act. 21).

2.2 Mit Urteil vom 31. August 2022 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten gut und verpflichtete die Berufungskläger, die Wohnung samt Kellerabteil und Parkplätzen sofort zu räumen, und sie wies das Stadtmannamt Zürich ... an, die Ausweisung auf Verlangen der Berufungsbeklagten zu vollstrecken (act. 22 = act. 26 = act. 28, nachfolgend zitiert als act. 26).

3.1 Mit Eingabe vom 9. September 2022 (Datum Poststempel) erhoben die Berufungskläger rechtzeitig (vgl. act. 23b) Berufung gegen den Entscheid der Vorinstanz und stellen die folgenden Anträge (act. 27, vgl. dort S. 2):

1. Es seien Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. August 2020 [*recte*: 2022] im Verfahren mit der Geschäftsnummer ER220103 aufzuheben und mit folgender Formulierung zu ersetzen:
[1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.]
2. Es seien die Kostenfolgen gemäss Dispositiv-Ziffern 5 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 31. August 2020 [*recte*: 2022] im Verfahren mit der Geschäftsnummer ER220103 aufzuheben und die Gerichtskosten der Gesuchstellerin/Berufungsbeklagten aufzuerlegen und sie sei zu verpflichten, den Gesuchsgegnern/Berufungsklägern eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.– (zzgl. MwSt.) zu bezahlen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchstellerin/Berufungsbeklagten.

3.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–24). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache

ist spruchreif. Der Berufungsbeklagten ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift (act. 27) zuzustellen.

II.

(Prozessuale Vorbemerkungen)

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 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 in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz (implizit) geltend gemacht, dass die Voraussetzungen für die Zahlungsverzugskündigung nicht vorgelegen haben (act. 12), womit die Kündigung unwirksam wäre. Praxisgemäss ist – entgegen der Vorinstanz, welche von einem Streitwert von Fr. 14'394.– 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 Kündigungs-

termin.

Das angefochtene Urteil wurde den Parteien Anfang September 2022 eröffnet (act. 22/a–b). Die dreijährige Sperrfrist würde damit – wäre kein Rechtsmittel erhoben worden – Anfang September 2025 ablaufen. Der vertraglich frühestmögliche Kündigungstermin (act. 4/1) wäre damit Ende Januar 2026. Der Streitwert entspricht folglich dem (Brutto-)Mietzins für rund drei Jahre und vier Monate, also rund Fr. 95'960.– (40 Monate à Fr. 2'399.–; vgl. act. 4/3–5). 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. (Zur Berufung)

1.1 Die Vorinstanz erwog (vgl. E. I./1.), die Berufungskläger seien in Anwendung von Art. 257d OR für die unbestritten für den Monat März 2022 ausstehenden Mietzinszahlungen gemahnt worden. Diese Mahnungen seien ihnen je am 14. März 2022 zugestellt worden, womit die dreissigtägige Zahlungsfrist am

15. März 2022 zu laufen begonnen und am 13. April 2022 geendet habe. Die Berufungsbeklagte habe sodann darauf hingewiesen, dass die Forderungsbeträge innert Ablauf der angesetzten Frist in ihrem Besitz zu sein hätten, womit eine Gutschrift der Forderungsbeträge auf dem Konto der Berufungsbeklagten bis zum 13. April 2022 hätte erfolgen müssen.

Die Gesuchsgegnerin habe einen Kontoauszug eingereicht, woraus sich innerhalb der relevanten Zeitperiode lediglich eine Gutschrift über den Betrag von Fr. 83.– entnehmen lasse (u.H.a. act. 18/17). Die dagegen von den Berufungsklägern eingereichte Auftragsbestätigung, wonach die Bank beauftragt worden sei, am 25. März 2022 eine Zahlung von Fr. 2'433.– auszuführen (u.H.a. act. 14/1, vgl. dort Blatt 5), reiche dagegen nicht aus, um den mit dem Kontoauszug der Gesuchstellerin erbrachten Nachweis des fehlenden vollständigen Zahlungseingangs umzustossen. Die Auftragsbestätigung vermöge lediglich die Erteilung eines entsprechenden Auftrages an die Bank zu beweisen. Darüber, ob und wann der genannte Betrag auch tatsächlich dem Konto der Berufungsbeklagten gutgeschrieben worden sei, sage das Dokument aber nichts aus. Der Berufungsklägerin 1 als Kontoinhaberin wäre es aber unbenommen gewesen, bei der Bank Nachforschungen zu betreiben, weshalb der Betrag der Berufungsbeklagten nicht überwiesen worden sei, zumal in der Auftragsbestätigung offenkundig eine falsche Empfängerperson aufgeführt sei. Es bleibe dabei, dass die Berufungsbeklagte mit dem Zahlungsauszug nachgewiesen habe, dass innert angesetzter Frist keine vollständige Zahlung erfolgt sei, womit die Berufungskläger der Zahlungsaufforderung durch die Berufungsbeklagte nicht nachgekommen seien. Die in der Folge ergangenen Kündigungen seien damit rechtmässig erfolgt und die Berufungskläger befänden sich zum heutigen Zeitpunkt ohne Rechtsgrund im Mietobjekt (act. 26).

1.2 Die Berufungskläger tragen vor, ein Dokument der E. _____ AG, der Bank der Berufungsklägerin 1, eingereicht zu haben, worin die E. _____ am 8. Juli 2022 bestätigt habe, dass am 25. März 2022 eine Zahlung über den Betrag von Fr. 2'433.– auf die korrekte Kontonummer der Berufungsbeklagten ausgeführt worden sei. Die im Juli 2022 ausgestellte Auftragsbestätigung bestätige damit ein Zahlungsausführungsdatum in der Vergangenheit. Daraus müsse gefolgert wer-

den, dass die Zahlung effektiv ausgeführt worden sei. Jedenfalls stehe aufgrund des Dokuments mitnichten mit Sicherheit fest, dass die Zahlung nicht ausgeführt worden sei. Zudem könne die Vorinstanz nicht ausschliessen, dass weitere Abklärungen die Behauptungen der Berufungsbeklagten, wonach die Bezahlung nicht rechtzeitig eingegangen sei, entkräften könnten. Vielmehr wäge die Vorinstanz die Beweismittel der Berufungsbeklagten, namentlich den Kontoauszug bzw. die interne Buchhaltungsnotiz, und das genannte Beweismittel der Berufungskläger gegeneinander ab und komme zum Schluss, die Urkunde der Berufungskläger vermöge den mittels Kontoauszug erbrachten Beweis der Berufungsbeklagten nicht umzustossen. Damit zeige die Vorinstanz, dass auch für sie der Fall nicht klar sei und eine Würdigung der Belege vorzunehmen sei, sowie implizit dass andere Beweismittel zu einem anderen Ergebnis führen könnten. Wäre der Fall hingegen klar, müsse die Vorinstanz zum Schluss gelangen, dass sich auch weitergehende Abklärungen nichts am Ergebnis änderten. Komme die Vorinstanz nicht zu ebendiesem Schluss, so sei die gesuchstellende Partei auf das ordentliche Verfahren zu verweisen.

Dass im Übrigen die interne Buchhaltungsnotiz der Berufungsbeklagten für den Zeitraum zwischen dem 15. März und dem 13. April 2022 keine Zahlung aufweise, könne sowohl auf einen technischen als auch einen menschlichen Fehler zurückzuführen sein (Zahlung falsch oder gar nicht verbucht, Verwenden oder Versenden eines falschen Einzahlungsscheins, Fehler aufseiten der Bank). Im Übrigen habe die Berufungsbeklagte den Kontoauszug ohnehin erst nach Aktenabschluss eingereicht, obwohl sie ihn zusammen mit ihrem Gesuch ohne Weitere hätte einreichen können. Die Vorinstanz habe damit nicht auf diese Urkunde abstellen dürfen (act. 27).

2.1 Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens zehn Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Bezahlte der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei

Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR).

2.2 Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und die Rechtslage klar ist (Buchst. b). Ein Sachverhalt ist dann sofort beweisbar, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann. Der Beweis ist entsprechend Art. 254 Abs. 1 ZPO in der Regel durch Urkunden zu erbringen. Ein klarer Fall ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht dann zu verneinen, wenn die beklagte Partei 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 (BGE 144 III 462, E. 3.1; 141 III 23, E. 3.2; 138 III 620, E. 5.1.1). Offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1; BGE 141 III 23 E. 3.2; BGer 4A_184/2015 vom 11. August 2015, E. 4.2.1, nicht publ. in BGE 141 III 262, BGer 4A_701/2015 vom 26. Januar 2016, E. 2.2.1 je m.w.H.).

Eine klare Rechtslage liegt vor, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 141 III 23, E. 3.2 mit Hinweisen). Dagegen ist die Rechtslage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (BGE 141 III 23, E. 3.2; 138 III 123, E. 2.1.2 mit Hinweisen).

3. Vorab ist auf den Einwand der Berufungskläger einzugehen, die Vorinstanz hätte den von der Berufungsbeklagten erst im Rahmen der zweiten Stellungnahme eingereichten Kontoauszug nicht berücksichtigen dürfen, da der Aktenschluss im Summarverfahren nach dem ersten Parteivortrag eintrete (act. 27 Rz. 24 ff.).

Zwar ist den Berufungsklägern zuzustimmen, dass der Aktenschluss im Summarverfahren grundsätzlich nach einer einmaligen Äusserung eintritt. Ordnet aber das Gericht ausnahmsweise einen zweiten Schriftenwechsel an, wird das

summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert und es sind in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO Noven zulässig, bis das Gericht die Beratung aufgenommen hat (BGer 5A_366/2019 vom 19. Juni 2020, E. 3.1.). Da die Vorinstanz der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 21. Juli 2022 ausdrücklich Frist ansetzte, sich insbesondere zur von den Berufungsklägern behaupteten Zahlung zu äussern (vgl. act. 15), waren die mit darauf erfolgter Stellungnahme vorgetragenen bzw. eingereichten Noven zulässig.

4. Zur Frage, ob die Vorinstanz im Ergebnis zur Recht von einem klaren Sachverhalt ausging, ergibt sich, was folgt:

4.1.1 Vorliegend hat die Berufungsbeklagte den Sachverhalt in einem ersten Schritt hinreichend klar dargelegt und belegt. Sie reichte zusammen mit ihrem begründeten Gesuch Urkunden ein, aus welchen sich die Auflösung des Mietverhältnisses und daher ihr Rückgabeanspruch nach Art. 267 OR ergaben, namentlich die Mahnungen infolge Zahlungsverzuges samt Kündigungsandrohungen, den Nichteingang der Zahlungen sowie die Zahlungsverzugskündigungen an sich, je samt den postalischen Sendungsverfolgungen (act. 1 u. 4/1–16).

4.1.2 Es fragt sich, ob die daraufhin erfolgten Einwendungen der Berufungskläger als substantiiert und schlüssig anzusehen sind.

Die Berufungskläger machten vor Vorinstanz in einem ersten Schritt geltend, am 25. März 2022 den Betrag von Fr. 2'433.– auf das Konto der Berufungsbeklagten überwiesen zu haben, womit bestritten sei, dass innert Frist keine Zahlung geleistet worden sei, und sie reichten der Vorinstanz eine "Auftragsbestätigung" der E._____ AG ein (act. 12 Rz. 8 u. act. 14/1 Blatt 5). Auf den daraufhin von der Berufungsbeklagten eingereichten Kontoauszug vom 28. Juli 2022, welcher keine Zahlung in behaupteter Höhe und zum genannten Datum – und insgesamt keine Tilgung der Mietzinsforderungen innert Frist – auswies, und das Vorbringen, auf der eingereichten Auftragsbestätigung der Berufungskläger sei ohnehin der Kanton Zürich und nicht sie – die Berufungsbeklagte – als Zahlungsempfänger erfasst (act. 17 Rz. 5 u. act. 18/17), erwiderten die Berufungskläger, das Nichtverbuchen der Zahlung könne viele Ursachen haben. Zu denken sei an technische Fehler

(Übermittlungsfehler, Fehler auf Seiten ihrer Bank) oder menschliche Fehler (falsch Verbuchen oder versehentliches gar nicht Verbuchen der Zahlung), oder dass ein falscher Einzahlungsschein versendet oder verwendet worden sei (act. 21).

Es ist daher fraglich, ob die Berufungskläger in ihrer zweiten Stellungnahme explizit behaupten, dass eine Zahlung an die Berufungsbeklagte auch tatsächlich erfolgt sei. Vielmehr scheinen sie nach Erklärungen für die bei der Berufungsbeklagten nicht erfolgte Buchung zu suchen und schliessen dabei offenbar auch die Möglichkeit nicht aus, ihrerseits die Zahlung falsch erfasst zu haben, indem sie einen falschen Einzahlungsschein verwendet haben. Auch vor der Kammer machen sie wiederholt geltend, die Zahlung sei ausgeführt worden – zwar an den falschen Zahlungsempfänger, aber an die richtige Kontonummer, und dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich bei weiteren Abklärungen herausstelle, dass die Zahlung tatsächlich abgebucht bzw. auf das Konto der Berufungsbeklagten gutgeschrieben worden sei (vgl. act. 27). Ob die Berufungskläger damit hinreichend substantiiert behaupten, sie hätten die Mietzinse der Berufungsbeklagten rechtzeitig bezahlt, braucht indessen nicht abschliessend geklärt zu werden. Denn die Behauptung der Tilgung müsste mit Blick auf den eingereichten Beleg letztlich als haltlos qualifiziert werden. So reichten die Berufungskläger vor Vorinstanz eine "Auftragsbestätigung" der E. _____ AG, "Erstellt am 08.07.2022 / 13:00" für eine Zahlung "Oranger Einzahlungsschein" über den Betrag von Fr. 2'433.– am "Ausführungsdatum: 25.03.2022" an den Empfänger "Kanton Zürich, ... Zürich" mit der Kontonummer "1" ein (act. 14/1 Blatt 5). Dieser Beleg taugt nicht, eine Zahlung an die Berufungsbeklagte nachzuweisen.

So ist zum einen die Berufungsbeklagte darin nicht als Zahlungsempfängerin aufgeführt, weshalb nicht von einer Zahlung an sie auszugehen ist. Daran ändert auch nichts, dass angeblich eine Konto- und Referenznummer der Berufungsbeklagten erfasst seien und – so behaupten die Berufungskläger – regelmässige Zahlungen auch jederzeit auf das richtige Empfängerkonto erfolgten, wenn für einmal nur die Adresse bzw. der Kantonssitz und nicht der komplette Empfänger aufgeführt würden (act. 27 Rz. 17). Neben dem, dass dieses Vorbringen in der Berufung neu und damit grundsätzlich unbeachtlich ist (vgl. hiavor

E. II./2.), liegt hier nicht der Sachverhalt vor, dass der Empfänger unvollständig erfasst wurde. Der Empfänger wurde vielmehr falsch erfasst. Dass Zahlungen trotz falsch erfasstem Empfänger regelmässig bei der richtigen Person eintreffen, behaupten auch die Berufungskläger nicht und dies wäre auch nicht üblich.

Zum andern – und darauf wies bereits die Vorinstanz zutreffend hin – sagt eine "Auftragsbestätigung" alleine nichts darüber aus, ob auch tatsächlich eine Zahlung erfolgreich ausgeführt wurde, sondern lediglich, dass ein entsprechender Auftrag (und hier gerade nicht zu Gunsten der Berufungsbeklagten) erfasst worden ist. Daran ändert nichts, dass – wie die Berufungskläger vortragen - das Datum Erstellung der der Auftragsbestätigung nach dem in der Bestätigung festgehaltenen Ausführungsdatum liegt.

Dass die fragliche Zahlung tatsächlich rechtzeitig zugunsten der Berufungsbeklagten ausgeführt wurde, wäre im Übrigen für die Berufungskläger ein Leichtes zu belegen. Sie hätten diesbezüglich lediglich die *Zahlungsbestätigung* mit entsprechendem Valutadatum oder einen Bankkontoauszug, welcher die erfolgte Buchung am fraglichen Datum und innerhalb der Zahlungsfrist nachweist, einreichen müssen. Weshalb sie diesen Beleg – auch auf das Vorbringen der Berufungsbeklagten hin, welche die fristgerechte Zahlung bestritt – nicht einreichen, ist weder dargetan noch ersichtlich.

4.3 Nach dem Gesagten bleibt es beim Schluss der Vorinstanz, wonach der rechtlich relevante Sachverhalt erstellt und die Rechtslage klar ist, und sich die Berufungskläger folglich zur Zeit ohne Rechtsgrund im Mietobjekt aufhalten.

4.4 Die Berufung ist abzuweisen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenregelung zu bestätigen. Zudem werden die Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. 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). Mit der Vorinstanz ist für die Festlegung der Höhe der Gebühren von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 95'960.– auszugehen (siehe dazu die obenstehenden Erwägungen zum Streitwert, E. II./3.). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist damit in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1–3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'750.– festzusetzen.

3. Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen; den Berufungsklägern nicht, weil sie unterliegen, der Berufungsbeklagten nicht, weil sie sich im Rechtsmittelverfahren nicht äussern musste und ihr daher keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 1'750.– festgesetzt und den Gesuchsgegnern und Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 27, sowie an das Einzelgericht Audienz des Bezirksgerichtes Zürich, 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. 95'960.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: