

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220086-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

## **Beschluss vom 23. November 2022**

in Sachen

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

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

Beklagte und Berufungskläger,

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte,

betreffend **Ausweisung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Horgen vom 10. Oktober 2022 (ER220034)**

### **Erwägungen:**

1. Am 9. Dezember 2021 schlossen die Parteien zwei Mietverträge über eine 4.5-Zimmerwohnung im Dachgeschoss inkl. Kellerabteil sowie die Garage Nr. 1 am ... [Adresse]. Der Mietzins beträgt Fr. 2'330.– für die Wohnung und Fr. 150.– für die Garage (act. 2/1-2). Auf Begehren der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) verpflichtete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen die Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagte) mit Urteil vom 10. Oktober 2022, die genannten Mietobjekte bis spätestens 1. November 2022, 12.00 Uhr zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall (act. 11).

2. Hiergegen erhoben die Beklagten mit am 26. Oktober 2022 zur Post gebrachter Eingabe "Widerspruch" gegen die Ausweisung. Sie ersuchen um Verschiebung des Ausweisungstermins bis Februar 2023, da sie dann voraussichtlich in eine andere Wohnung einziehen könnten. Sie hätten drei Kinder, zwei davon schulpflichtig, und würden nach einer Ausweisung auf der Strasse sitzen. Es seien ihnen Ratenzahlungen zum Begleichen ihrer Mietschulden zu gestatten (act. 12). Das Schreiben wurde praxismässig als Berufung entgegengenommen.

3.a) Im summarischen Verfahren, welches im Rechtsschutz in klaren Fällen Anwendung findet (Art. 257 Abs. 1 ZPO), ist die Berufung innert der Frist von zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Hierzu kann auf die zutreffende Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 11 Dispositiv-Ziff. 7).

b) Das angefochtene Urteil wurde den Beklagten am 15. Oktober 2022 zugestellt (act. 8/2-3). Damit endete die Berufungsfrist am 25. Oktober 2022 (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Die Frist ist gewahrt, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Die Eingabe wurde wie erwähnt erst am 26. Oktober 2022 und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist zur

Post gegeben (act. 12). Auf die Berufung ist demnach infolge Verspätung nicht einzutreten.

4.a) Aber selbst wenn auf die Berufung einzutreten wäre, wäre sie abzuweisen. Hinsichtlich der allgemeinen Ausführungen zum Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie zur Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR kann auf die Vorinstanz verwiesen werden (act. 11 S. 3 f.). Diese erwog weiter zutreffend, dass die Kündigung frist- und formgerecht erfolgte: Mit zwei separaten Schreiben vom 27. April 2022 setzte die Klägerin den Beklagten eine 30-tägige Frist zur Begleichung des rückständigen Mietzinses für den Monat April 2022 von insgesamt Fr. 2'480.– (Wohnung und Garage) an, unter Androhung der Kündigung innert 30 Tagen und Einleitung der Betreibung bei unbenutztem Ablauf (act. 2/3 und 2/5). Wird die Sendung wie vorliegend nicht innert der siebentägigen Abholfrist abgeholt, gilt sie gemäss der hier geltenden eingeschränkten Empfangstheorie am letzten Tag der Frist als zugestellt, selbst wenn dieser Tag auf einen Samstag oder Sonntag fällt. Daran vermag die Verlängerung der Abholfrist durch die Beklagten nichts zu ändern; die Sendung gilt gleichwohl am siebten Tag als zugestellt (zum Ganzen Brändli, Mietrecht für die Praxis, 10. A., S. 809 f.; BSK OR-Weber, 7. A., Art. 257d N 5). Der Zugang der den Beklagten am 28. April 2022 zur Abholung gemeldeten Androhungen wird somit auf den 5. Mai 2022 – und nicht auf den 4. Mai 2022 (vgl. act. 11 S. 5) – fingiert (act. 2/4 und 2/6,). Die 30-tägige Zahlungsfrist endete demnach am 4. Juni 2022.

Nach ungenutzt verstrichener Frist kündigte die Klägerin das Mietverhältnis am 13. Juni 2022 je unter Verwendung des amtlich genehmigten Formulars per 31. Juli 2022 (act. 2/7 und 2/9). Für die Zustellung der Kündigung kommt – abweichend von der Regelung bei der Zahlungsaufforderung – die Empfangstheorie uneingeschränkt zur Anwendung. Eine Kündigung ist daher wirksam an dem Tag zugestellt, an dem es dem Empfänger nach dem üblichen Lauf der Dinge zuzumuten ist, die Sendung abzuholen. In der Regel ist dies der Tag nach Einwurf des Abholzettels in den Briefkasten (SVIT-Kommentar, 4. A., Art. 257d N 48). Die Kündigungen wurden den Beklagten am 14. Juni 2022 zur Abholung gemeldet (act. 2/8 und 2/10), sodass sie sie am 15. Juni 2022 hätten entgegennehmen

können. Unbeachtlich ist auch hier die Verlängerung der Abholfrist durch die Beklagten. Die 30-tägige Kündigungsfrist ist damit gewahrt.

b) Die Beklagten verweisen im Wesentlichen auf ihre schwierige wirtschaftliche und familiäre Situation (act. 6 und 12). Dass der Verlust der Wohnung für eine Familie in einem finanziellen Engpass mit drei Kindern eine besondere Härte bedeutet, steht ausser Zweifel. Diese Einwände persönlicher Natur vermögen an der Ausweisung als Folge einer gültigen Beendigung des Mietvertrages nichts zu ändern. Die Erstreckung des Mietverhältnisses ist bei einer Kündigung wegen Zahlungsrückstandes sodann ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR).

c) Demzufolge halten sich die Beklagten nach der auf den 31. Juli 2022 rechtmässig ausgesprochenen Kündigung gegenwärtig ohne Rechtsgrund in den Mietobjekten auf. Der Ausweisungsbefehl wurde somit zu Recht erteilt. Der im angefochtenen Entscheid angesetzte Termin für die Räumung ist mittlerweile verstrichen. Da der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und die Kammer keine anderslautenden Anordnungen getroffen hat, kann die Klägerin nun jederzeit die Vollstreckung verlangen. Sollten die Beklagten keine Wohnung finden und buchstäblich auf der Strasse stehen, müssten sie sich an die sozialen Dienste der Gemeinde wenden. Die Gerichte können solche Unterstützung nicht leisten.

5. Ausgangsgemäss werden die Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Klägerin ist mangels Umtrieben keine Entschädigung zuzusprechen.

Der Streitwert im Ausweisungsverfahren bestimmt sich danach, wie lange der Vermieter mutmasslich noch nicht über das Objekt verfügen kann. Ausgehend von der Gesuchstellung beim Einzelgericht am 24. August 2022 ist mit nicht mehr als sechs Monaten Verfahrensdauer bis zur effektiven Ausweisung zu rechnen (BGE 144 III 346 E. 1.2.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 91 N 46). Bei einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'480.– (act. 2/1-2) ergibt sich damit ein Streitwert von Fr. 14'880.–. In Anwendung von §§ 2, 4, 8 Abs. 1 und 10 GebV ist die Entscheidgebühr auf Fr. 600.– festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und den Beklagten unter solidarischer Haftung für den ganzen Betrag auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von act. 12, sowie an die Vorinstanz, 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 14'880.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: